Lex Electronica
Volume 28, Numéro 3
2023 | Dossier spécial

# Le droit de l'entreprise est-il à la hauteur des enjeux sociétaux du 21e siècle ?

## Approche transatlantique critique et comparative

Captain Nemo taking the altitude of the sun.

Notice importante : **Ce numéro spécial regroupe l'essentiel des présentations qui ont eu lieu dans le cadre du colloque intitulé « Le droit de l'entreprise est-il à la hauteur des enjeux sociétaux du 21e siècle ? Approche transatlantique critique et comparative » qui s'est tenu le 11 mai 2002 à l'Université Laval dans le cadre du 89e congrès de l'ACFAS 2022 *Sciences – Innovations – Sociétés*.**

# Table des matières

**Avant-Propos** 11

**Remerciements** 16

**Le droit français des sociétés depuis la loi PACTE (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019)** 17

**Bruno DONDERO** 17

Introduction 19

**1. Premier étage de la Fusée : l'intérêt social élargi** 19

**2. Deuxième étage de la fusée : la raison d'être** 20

**3. Troisième étage de la fusée : la société à mission** 22

Bibliographie 23

**Mission : Photo d'un objet juridique de mieux en mieux identifié** 24

**Ivan TCHOTOURIAN, Margaux MORTEO et Yassine BEN MESSAOUD** 24

Introduction 26

**1. Mission : des mythes déboulonnés** 27

1.1 Mythe n° 1 : mission et raison d'être, c'est du pareil au même 27

1.2 Mythe n° 2 : la mission ne concerne que le secteur non lucratif 28

1.3 Mythe n° 3 : la mission ne peut exister sans le droit 28

1.4 Mythe n° 4 : la mission, rien que la mission 29

1.5 Mythe n° 5 : mission = plus de RSE 29

1.6 Mythe n° 6 : la mission change tout 30

**2. Nouveau modèle d'entreprise : une mission consacrée** 30

2.1 Entreprise à mission spécifique 31

2.2 Entreprise à mission certifiée 32

**3. Projet de loi n° 797 : un gouvernement en mission** 33

3.1 Finalité 33

3.2 Gouvernance 34

3.3 Transparence 34

Conclusion 35

Bibliographie 36

**Affaire Danone : La société a mission et l'activisme actionnarial 39**

**Juliette PETIT 39**

Bibliographie 47

**L'entreprise à mission va-t-elle sauver l'entreprise ? 50**

**Soro COULIBALY 50**

Introduction 52

**1. L'entreprise à mission : une tentative inachevée de réponse à la crise de l'entreprise 53**

1.1 Une réponse éthique… 53

1.2 … mais pas technique 54

**2. L'entreprise à mission : de la rentabilité à l'utilité de l'entreprise 56**

2.1 L'entreprise à mission est conçue pour être rentable 56

2.2 L'entreprise à mission est un retour à l'utilité ontologique de l'entreprise 58

Conclusion 60

Bibliographie 60

**Actualité du conseil d'administration en France : Préserver les fonctions de gestion du conseil sans les lui réserver 66**

**Théo VUARNET 66**

Introduction 68

**1. Préserver les fonctions de gestion du conseil d'administration 69**

1.1. Les aspects sociétaux de la Loi PACTE 69

1.2. La prise en considération des enjeux culturels et sportifs 69

1.3. Les risques que comportent la réforme 70

1.4. La multiplication des obligations formelles imposées à un organe collégial 70

1.5. L'effectivité du conseil garante de l'efficacité des mesures de responsabilisation de l'entreprise 71

2. La tentation de réserver la fonction de déterminer la stratégie au conseil d'administration 71

2.1. Le développement du Say on climate 71

2.2. Le cas de TotalEnergies 71

2.3. L'interprétation extensive de l'arrêt Motte 72

2.4. La réforme attendue 72

2.5. La nécessité d'un dialogue entre les actionnaires et le conseil 72

Conclusion 73

Bibliographie 73

**Le conseil d'administration : le cas français 76**

**Irina PARACHKEVOVA-RACINE 76**

Introduction 78

**1. Le conseil d'administration : un modèle normatif pour l'entreprise responsable 79**

1.1 Éclaireur de la gouvernance soutenable 80

1.2 Artisan de la gouvernance soutenable 82

**2. Le conseil d'administration : un test de viabilité de l'entreprise responsable 84**

2.1 La multiplication des intérêts en présence 84

2.2 Le sous-encadrement légal 85

Bibliographie 87

**CA et information climatique au Canada : attention au risque juridique ! 92**

**Loïc GEELHAND de MERXEM 92**

Introduction 94

**1. Une prise en compte insuffisante de l'information climatique par les CA canadiens 96**

1.1 Le rôle classique du CA 96

1.2 Les entreprises canadiennes à la traîne sur le plan de la divulgation 97

**2. Un risque juridique lié à l'information Climatique de plus en plus prégnant 99**

2.1 Le risque juridique lié aux devoirs fiduciaires des administrateurs 99

2.2 Le risque juridique lié à l'information climatique 100

Conclusion 101

Bibliographie 102

**Quelles perspectives pour des chaînes d'approvisionnement soutenables ? L'exemple de la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en**

matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 105

Juliette CAMY 105

Introduction 107

1. Obligations des entreprises 108

1.1 Entreprises visées par les obligations 108

1.2 Champ d'application des obligations 109

1.3 Contenu des obligations 110

2. Accompagnement des entreprises 111

3. Sanctions 112

3.1 Sanctions administratives 112

3.2 Responsabilité civile de l'entreprise 113

Conclusion 114

Bibliographie 114

Le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement en droit canadien : état des lieux et perspectives 116

Alexis LANGENFELD 116

Introduction 118

1. État du droit canadien du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement 122

1.1 Droit criminel 122

1.2 Droit douanier 123

1.3 Responsabilité civile 125

1.4 Dispositions gouvernementales 127

1.4.1 Approvisionnement privé 127

1.4.2 Approvisionnement public 128

1.4.3 Cas des Ouïghours 130

1.5 Droit des valeurs mobilières 130

1.6 Protection du consommateur 132

2. Un droit insuffisant 133

2.1 Analyse du droit criminel 133

2.2 Analyse du droit douanier 134

2.3 Analyse de la jurisprudence 135

2.4 Analyse des stratégies gouvernementales 136

2.5 Analyse du droit des valeurs mobilières 137

2.6 Analyse de la protection du consommateur 138

Conclusion 138

Un cadre juridique insuffisant 138

Vers des réformes 141

Bibliographie 143

**Projet de loi S-211 sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement : de la théorie à la réalité 150**

**Julie MIVILLE-DECHÊNE et Jérôme LUSSIER 150**

Introduction 152

**1. Une réflexion globale sur le rôle social et environnemental des entreprises 152**

**2. L'enjeu de l'esclavage moderne 154**

**3. Origines du projet de loi S-211 155**

**4. Consultations et critiques 158**

**5. Enfin une loi adoptée en 2023 ? 161**

Conclusion 161

Bibliographie 161

**Typologie des contentieux climatiques contre les entreprises 167**

**Ana-Maria ILCHEVA 167**

Introduction 169

**1. Les contentieux climatiques directs 170**

1.1. Les contentieux de la réparation 170

1.2. Les contentieux de la prévention 171

**2. Les contentieux climatiques indirects 173**

2.1. L'application des infractions du droit de la consommation en matière climatique 173

2.2. L'application des infractions du droit pénal en matière climatique 174

Conclusion 176

Bibliographie 176

**Climat : un regard comparé sur le droit applicable à l'entreprise et à l'État 178**

**Géraud de LASSUS ST-GENIÈS 178**

Introduction 180

**1. La recherche de transparence dans l'action climatique 182**

**2. La recherche d'un contrôle du niveau d'ambition des efforts d'atténuation 185**

Conclusion 187

Bibliographie 188

**Le climat et le droit français des sociétés : une question d'engagement(s) ? 191**

**Matthieu ZOLOMIAN 191**

Introduction 193

**1. Le droit positif : engagez-vous 194**

1.1 Un droit commun peu adapté 194

1.2 Un droit spécial engageant mais peu contraignant 196

**2. Le droit prospectif : rengagez-vous 198**

2.1 Les futures innovations européennes 198

2.2 Vers une implication du secteur financier 200

Conclusion 201

Bibliographie 202

**Changements climatiques : questionnements et initiatives de l'Autorité des marchés financiers du Québec 204**

**Hélène SAMSON 204**

**1. L'Autorité en quelques mots 205**

**2. Risques liés aux changements climatiques 206**

**3. Planification stratégique 206**

**4. Institutions financières 207**

**5. Valeurs mobilières 207**

**6. Volet social 208**

Bibliographie 208

**Présentation du projet de loi S-243** 210

**Rosa GALVEZ** 210

Introduction 212

**1. La finance à l'ère des changements climatiques** 212

**2. Contexte canadien** 213

**3. La Loi sur la finance alignée sur le climat : une approche législative pour remédier la situation** 215

3.1. Au-delà de la divulgation des risques : la nécessité de s'aligner sur les engagements climatiques 215

3.2. Changement climatique en tant qu'intérêt supérieur pour les administrateurs 217

3.3 Fixation d'objectifs, planification et rapports 218

3.4. Tirer parti de l'expertise climatique au sein des conseils d'administration et éviter les conflits d'intérêts 219

3.5. Les exigences de fonds propres doivent tenir compte des risques climatiques systémiques 220

3.6. Approche globale visant à aligner tous les produits financiers sur les engagements climatiques 221

Conclusion 222

Bibliographie 223

**Rapport de synthèse** 226

**Martin DUMAS** 226

**Biographie des auteur.e.s** 230

# AVANT-PROPOS

**[1]** L'entreprise est face à des défis sans commune mesure. Ses activités génèrent en effet des risques sociétaux majeurs bien au-delà de la sphère économique, comme l'a rappelé récemment la pandémie. Même si le droit de l'entreprise ne peut solutionner l'ensemble des crises résultant de ces risques ou même sauver le monde, il doit contribuer à la solution. *Has been* dans les années 1980 et 1990, la réglementation est redevenue un sujet à la mode !

## 1. Risques et enjeux pour le droit des affaires

**[2]** À la suite des conséquences sociales résultant du pouvoir économique des entreprises et des attentes croissantes de l'opinion publique à leur égard, les grandes entreprises sont de plus des institutions publiques ou quasi-publiques sociales (Berle et Means, 2007, p. 310), à l'image des États. Bien qu'ancienne (Rathenau, 1921, p.120 et s.), cette constatation apparaît encore plus juste aujourd'hui. Se pose alors la question suivante : qui les contrôle pour s'assurer qu'elles ne négligent pas les problématiques sociétales ? Historiquement, ces enjeux relevaient de la responsabilité sociale des entreprises entendue comme la responsabilité volontaire des entreprises de traiter les risques qu'elles génèrent. Mais, une telle approche qui se déploie en marge du droit a clairement montré ses limites. Alors que les rapports alarmistes se multiplient, les risques liés par exemple au réchauffement climatique ne sont plus à démontrer. La majorité des émissions de gaz à effet de serre est issue des activités d'une centaine d'entreprises multinationales. De plus, les conditions de travail dans les chaînes d'approvisionnement sont dénoncées depuis longtemps sans que les choses n'avancent. Il en va de même pour la pollution qu'elles génèrent. L'inaction des entreprises est régulièrement dénoncée et reste trop souvent non sanctionnée. La raison et la mission des entreprises se résument bien trop souvent à la culpabilité. Bien que porteuses de ses contradictions et de ses limites, l'intervention du droit apparaît nécessaire pour contraindre les entreprises à aborder de manière responsable ces enjeux. Y a-t-il de toute façon une autre alternative possible et crédible ? « The need to do this is imperative, for the present emergency is a most serious one » (Wormser, 1931, p. 234). Cette affirmation faite par le professeur Wormser il y quasiment un siècle vaut encore plus maintenant. Récemment, la réglementation a donc évolué pour intégrer les enjeux sociétaux. Elle évolue même rapidement pour mettre les entreprises face à leur responsabilité. De part et d'autre de l'Atlantique, les États légifèrent. Le droit certes interdit, mais aussi organise et structure les activités des entreprises (Champaud, 1981) afin qu'elles aient un avenir. De nouvelles obligations émergent en matière de changement climatique; la vigilance dans la chaîne d'approvisionnement commence à s'imposer par contrainte et structuration; les devoirs des membres du conseil d'administration changent; et l'axe mission-raison d'être devient progressivement un vecteur de responsabilisation. Sous l'influence du droit – et il a un rôle à jouer (Bhagat et Hubbard) parmi d'autres outils (Mintzberg, 2004) –, l'entreprise se responsabilise (Tchotourian et Zolomian, 2021) et s'humanise de manière accélérée (Mayer, 2018). Cette évolution doit s'accompagner d'un changement du regard porté sur la réglementation : elle ne doit plus être perçue comme un obstacle à l'action des entreprises, mais comme un prétexte à une telle action, une action vertueuse inscrite dans le long terme et présentant moins de risques ou des risques mieux gérés. Si

l'avenir de l'entreprise est en question (Patriotta, 2020), les États hésitent encore entre le droit dur et le droit souple et entre des approches novatrices et des approches plus classiques.

**[3]** Dans un tel contexte et aussi satisfaisant que soit le mouvement opéré par le droit de l'entreprise, ce dernier est-il à la hauteur des enjeux sociétaux du XXIe siècle ? Depuis plusieurs années, il est clairement en reconstruction (Hayden et Bodie, 2021; Boeger, 2018; Mayer, 2016), tout comme l'entreprise elle-même (Bakan, 2021). Cependant, des doutes subsistent quant à savoir si les solutions juridiques déployées ou en discussion sont réellement à la hauteur des enjeux de ce siècle. Ce doute est problématique car l'échec du droit à responsabiliser les entreprises aurait de graves conséquences à terme… la finitude du monde terrestre, rien de moins. Alors que le débat sur le contrôle de l'entreprise (notamment la grande) est ancien, il ne doit pas être abandonné. Il doit être au contraire renouvelé. L'entreprise ne peut demeurer un système clos qui n'assumerait pas ses obligations. L'entreprise et le système économique sont au service d'une fin qui dépasse la satisfaction de leurs seuls intérêts. Une lecture critique des évolutions juridiques contemporaines sur quatre domaines est proposée dans ce numéro spécial de la revue *Lex Electronica*. L'approche de ce numéro, mêlant droit comparé et pluridisciplinarité, paraît être la seule à même de porter un regard lucide sur les instruments juridiques déployés actuellement par les États ou qui sont en réflexion. Original, ce numéro prend son ancrage dans le droit des affaires, notamment le droit des sociétés, souvent en marge des réflexions touchant les enjeux sociétaux de ce siècle. Avec ce numéro, cette branche du droit est replacée dans ce qu'il est et a longtemps été : un phénomène de civilisation.



## 2. Cadrage substantiel du numéro

**[4]** Les risques sociétaux peuvent être reliés à quatre sujets qui constituent le cadrage substantiel de ce numéro spécial : la raison d'être/mission de l'entreprise, le rôle et les devoirs du CA, la chaîne d'approvisionnement et le changement climatique. Autour d'une symphonie vernienne, ces différents sujets sont abordés comme suit.

**[5]** La première partie de ce numéro décrypte la mission de l'entreprise et montre qu'elle ne sera bientôt plus une île mystérieuse (Verne, 1874-1875) pour le droit. Quatre articles étudient la fusée lancée par les juristes (Dondero), la place grandissante que la mission occupe dans la constellation notionnelle du droit canadien (Tchotourian, Morteo et Ben Messaoud) et français (Dondero) des sociétés, ses rôles de protection et de compromis (Petit), tout en soulignant la réponse éthique et non technique qu'elle apporte à l'irresponsabilité des entreprises (Coulibaly). Les professeurs Bruno Dondero et Ivan Tchotourian, mesdames Margaux Morteo et Juliette Petit et messieurs Soro Coulibaly et Yassine Ben Messaoud sont les auteurs des articles qui composent cette partie.

**[6]** La deuxième partie de ce numéro place le conseil d'administration sous microscope afin de mettre en lumière sa fonction de gestion qui doit être préservée tout en devant être partagée quand il s'agit de stratégie climatique (Vuarnet), des devoirs en matière d'information non financière (Geelhand De Merxhem) et des transformations contemporaines en référence normative de la gouvernance soutenable (Parachkévova).

Trois articles écrits sous les plumes de la professeure Irina Parachkévova et de messieurs Théo Vuarnet et Loïc Geelhand De Merxem creusent cette thématique du conseil d'administration, organe qui apparaît sens dessus dessous (Verne, 1889).

**[7]** La troisième partie de ce numéro traite de la chaîne d'approvisionnement. Avec trois articles, cette partie revient sur cette chaîne aux ramifications aussi étendues que le chemin séparant la terre à la lune (Verne, 1865) et les mesures obligatoires et d'accompagnement que l'Europe met en place (Camy), l'encadrement multiple mais lacunaire de la chaîne d'approvisionnement au Canada (Langenfeld) et expose les dernières évolutions législatives et projets de loi canadien (projet S-211) intervenus en ce domaine pour mettre fin à plusieurs faux-départs (Miville-Dechêne et Lussier). La sénatrice Julie Miville-Dechêne, madame Juliette Camy, messieurs Jérôme Lussier et Alexis Langenfeld partagent dans cette partie leur lecture.

**[8]** La quatrième partie de ce numéro comporte cinq contributions portant sur ce qui est l'hier et le demain (Verne, 1910) de l'entreprise et du droit : le climat. Ces articles ont été rédigés par la sénatrice Rosa Galvez, les professeurs Géraud de Lassus St-Geniès et Matthieu Zolomian, et mesdames Hélène Samson et Ana-Maria Ilcheva. Les contributeurs questionnent l'état du droit des changements climatiques applicable à l'entreprise et à l'État (de Lassus St-Geniès), l'engagement trop lent du droit des sociétés qui lui préfère l'information (Zolomian), les contentieux climatiques directs et indirects contre les entreprises plaçant la société civile et le juge comme acteur central (Ilcheva), l'émergence d'un encadrement équilibré et cohérent par l'autorité boursière du Québec (AMF) (Samson) et le projet législatif canadien S-243 pour mettre en place des politiques bien conçues d'alignement de la finance sur les engagements climatiques (Galvez).



**[9]** Le professeur Martin Dumas clôture ce numéro en résumant les éléments forts des contributions et en ouvrant à de nouvelles perspectives. Le droit des sociétés se reconfigure avec un spectre large pour être capable de répondre aux grands défis de ce siècle dans ses multiples dimensions interreliées : économique, environnement et social (Bruner et Sjåfjell, 2020, p. 714). Ce mouvement a déjà commencé encore faut-il le saisir et le comprendre pour être à même de le porter et de le corriger au besoin. Le droit contribue de ce fait à ce que l'entreprise retrouve sa fonction spécifique : non de détruire et de diviser, mais de créer un « mieux » (mieux vivre, mieux être, mieux faire…) (De Woot, 1968).



## 3. Épilogue et futures recherches

**[10]** Promesse d'une conduite plus responsable des entreprises, le droit construit actuellement la responsabilité de demain – qui n'est pas seulement juridique – en faisant des risques sociétaux une norme globale et d'une conduite prudente un attendu universel… pour paraphraser une auteure (Abadie, 2022, p.273). Mais bien des questions demeurent sans réponse. Se dessinent alors des pistes de recherche à explorer dans les prochaines années :

- l'initiative de responsabiliser les entreprises doit-elle être laissée aux législateurs, à des autorités ou aux juges ?

- quel doit être le niveau d'intervention de la réglementation ?
- comment s'assurer que le droit ne serve pas un vernis de respectabilité ?
- la mission a-t-elle le potentiel de porter réellement les enjeux sociétaux ?
- la mission doit-elle être un passage obligé et être insérée dans les statuts ?
- le conseil d'administration est-il apte à assumer un nouveau rôle ?
- comment construire le rapport de force entre conseil d'administration et actionnaires ?
- quelle contrainte devrait caractériser la chaîne d'approvisionnement et de quelle branche juridique devrait-elle prioritairement relever ?
- l'état du droit des changement climatique, en termes de contentieux judiciaire, ne devrait-il pas évoluer pour être plus satisfaisant ?
- de quelle manière construire une bonne divulgation climatique ?
- est-ce qu'il n'est pas trop demandé au droit des sociétés ?
- quel équilibre trouver entre prévention et responsabilité ?

## BIBLIOGRAPHIE


ABADIE, P., « La responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise (RSE) au-delà de l'Union européenne », (2022) 2 *R.A.E. – L.E.A.* 265-275.

BAKAN, J., *The New Corporation : How "Good" Corporations are Bad for Democracy*, New York, Penguin Canada, 2020.

BERLE, A. A. et G. C. MEANS, *The Modern Corporation & Private Property*, 9e éd., Transaction Publishers, New Brunswick et Londres, 2007.

BHAGAT, S. et R. G. HUBBARD, « Rule of Law, and Purpose of the Corporation », (2021) 30:1 *Corporate Governance: An International Review* 1-17

BOEGER, N., « The New Corporate Movement », dans Nina Boeger et Charlotte Villiers (dir.), *Shaping the Corporate Landscape*, Oxford, Hart, 2018, p. 189-201.

BRUNER, C., et B. SJÅFJELL, « Corporate Law, Corporate Governance and the Pursuit of Sustainibility », dans Christopher BRUNER et Beate SJÅFJELL (dir.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 713-720.

CHAMPAUD, C., *Le droit des affaires*, Paris, P.U.F., 1981.

DE WOOT, P., *Pour une doctrine de l'entreprise*, Paris, Seuil, 1968.

HAYDEN, G. M. et M. T. BODIE, *Reconstructing the Corporation*, Cambridge University Press, 2021.

MAYER, C., « The Future of the Corporation: Towards Humane Business », (2018) 6:s1 *Journal of the British Academy* 1-16.

MAYER, C., « Reinventing the Corporation », (2016) 4 *Journal of the British Academy* 53-72.

MINTZBERG, H., *Pouvoir et gouvernement d'entreprise*, Paris, Éditions d'Organisation, 2004.

PATRIOTTA, G., « The Future of the Corporation », (2021) 58:3 *Journal of management Studies* 879-886.

RATHENAU, W., *Von Kommenden Dingen*, Berlon, 1918, traduit par E. & C. Paul, *In Days to Come*, Londres, 1921.

TCHOTOURIAN, I., et M. ZOLOMIAN, « Présentation », dans *Droit des sociétés et entreprise responsable : Regard transatlantique sur les innovations contemporaines* – numéro spécial, (2021) 62:3 *Les Cahiers de droit* 647-651.

WORMSER, I. M., *Frankenstein Incorporated*, Whittlesey House: McGraw-Hill Book Company Inc., New York et Londres, 1931.





**Ivan Tchotourian[1], Loïc Geelhand de Merxem[2], Alexis Langenfeld[3] & Matthieu Zolomian[4]**

1 Professeur titulaire en droit des affaires, gouvernance et responsabilité sociale, Faculté de droit, Université Laval, directeur de l'Institut d'éthique appliquée de l'Université Laval (IDÉA), membre-fondateur du LIRSE, chercheur régulier de l'Institut EDS, membre de l'AIDE.

2 Étudiant au doctorat en droit (Université Laval – Université du Luxembourg), boursier du Centre d'expertise en gouvernance – FSA ULaval.

3 Étudiant au doctorat en droit (Université Laval – Université du Luxembourg), boursier FRQSC, Bertram et du Centre d'expertise en gouvernance – FSA ULaval, lauréat de la bourse d'excellence Paule-Gauthier 2021.

4 Maître de conférences, Université d'Angers (France).

## REMERCIEMENTS

**[11]** Ce numéro spécial regroupe l'essentiel des présentations qui ont eu lieu dans le cadre du colloque intitulé « Le droit de l'entreprise est-il à la hauteur des enjeux sociétaux du 21e siècle ? Approche transatlantique critique et comparative » qui s'est tenu le 11 mai 2002 à l'Université Laval dans le cadre du 89e congrès de l'ACFAS 2022 *Sciences – Innovations – Sociétés*. Ce colloque a eu lieu en mode virtuel et a réuni plus de cinquante personnes.

**[12]** Messieurs Alexis Langenfeld et Loïc Geelhand de Merxem (étudiants au doctorat en droit à l'Université Laval) sont à l'origine de l'organisation du colloque de l'ACFAS qui a proposé une originale confrontation de perspectives entre des étudiants-chercheurs et des professeurs de carrière pour faire avancer la connaissance et pour envisager des pistes de réformes. Ils méritent sans nul doute une ovation. Ils ont apporté également une aide précieuse pour assurer le suivi auprès des auteur.e.s de ce numéro. Leurs diverses relances ont su être appréciées. Je les en remercie grandement, qu'ils sachent tous les deux que leur entrain et dynamisme sont communicatifs et que le colloque n'aurait pas eu le succès qu'il a eu sans leur créativité et leur audace. Le numéro qui suit reflète donc la très grande part qu'ils ont pris dans l'élaboration de ce projet.

**[13]** Pour mener à bien cette publication, nous avons bénéficié de la collaboration de monsieur Jean-Claude Ouattara (étudiant inscrit au doctorat en droit à l'Université Laval) pour la mise en forme de plusieurs contributions de ce numéro. Il a assuré la finalisation de ce numéro de manière admirable. Nous en sommes reconnaissants.

**[14]** La tenue du colloque et l'édition de ce numéro ont bénéficié du soutien de plusieurs partenaires : le programme CRSH – Connexion; la Faculté de droit de l'Université Laval ; l'Autorité des marchés financiers (AMF); le Laboratoire interdisciplinaire sur la responsabilité sociale des entreprises (LIRSE); le Centre d'études en droit économique (CÉDÉ); l'Initiative canadienne de droit climatique; l'Institut d'éthique appliquée de l'Université Laval (IDÉA); l'Institut EDS de l'Université Laval; la Chaire en gouvernance et droit des affaires de la Faculté de droit de l'Université de Montréal; et l'Association internationale de droit économique (AIDE).

**Ivan TCHOTOURIAN**

Professeur titulaire en droit des affaires, gouvernance et responsabilité sociale

Faculté de droit, Université Laval

# LE DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS DEPUIS LA LOI PACTE (LOI N° 2019-486 DU 22 MAI 2019)



Bruno DONDERO[5]

5 Professeur de droit privé à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1) et avocat associé CMS Francis Lefebvre (France).

## RÉSUMÉ

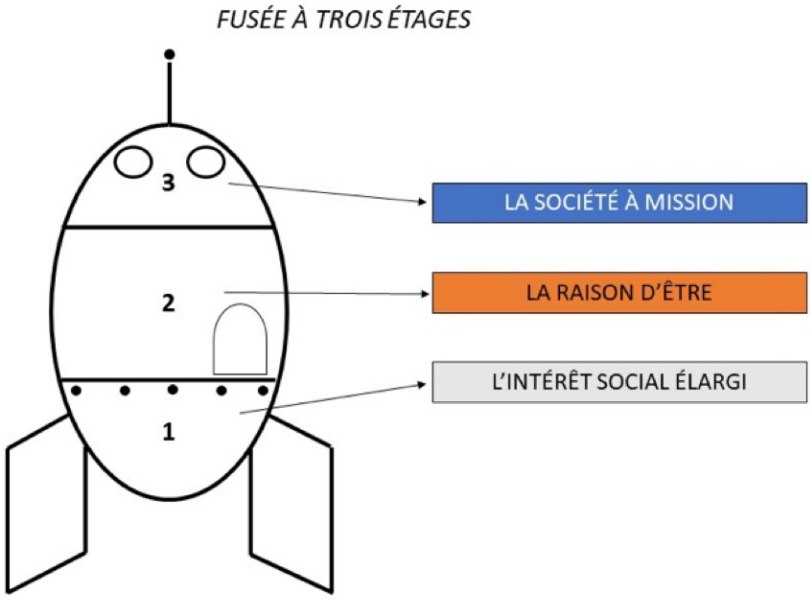
La loi dite « PACTE » a introduit trois évolutions majeures dans le droit des sociétés français, que l'on présente volontiers sous la forme évocatrice d'une fusée à trois étages. Le premier étage, qui concerne l'ensemble des sociétés du droit français et ne requiert de leur part aucune démarche particulière, a consisté à introduire dans la notion d'intérêt social du groupement les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Le deuxième étage de la fusée consiste en une « raison d'être », constituée de principes que la société introduit dans ses statuts et auxquels elle entend affecter des moyens. Enfin, le troisième étage de notre fusée est le statut de société à mission, qui voit les sociétés commerciales désormais en mesure d'identifier un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux qu'elles envisagent de poursuivre dans le cadre de leur activité.

## INTRODUCTION

**[15]** Le droit français des entreprises a connu une très importante évolution au cours de l'année 2019 avec l'adoption de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises dite « loi PACTE » (L. n° 2019-486 du 22 mai 2019) (Dalmau, 2020; E. Masset, 2020; Couret et Dondero, 2019; I. Urbain-Parleani (dir.), 2019, p. 565; Reygrobellet, 2019; Mortier, Zabala et de Vendeuil, 2019). Même si cette affirmation peut surprendre, cette loi a modifié de manière sensible la manière dont une société doit être dirigée ou peut être dirigée.

**[16]** Les évolutions dont il va être question ici peuvent être présentées par le dessin ci-dessous. On a évoqué, au cours des travaux préparatoires de la loi PACTE, cette figure de la « fusée à trois étages ».

Le triptyque intérêt social élargi / raison d'être / société à mission




## 1. PREMIER ÉTAGE DE LA FUSÉE : L'INTÉRÊT SOCIAL ÉLARGI

**[17]** La première évolution issue de la loi PACTE, précisément de son article 169, a consisté tout simplement à intégrer au sein du *Code civil* la RSE. A en effet été modifié l'article 1833 de ce code[6] par l'ajout d'un second alinéa, consacrant à la fois la notion d'intérêt social et le fait que la détermination de l'intérêt d'une société doit prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. D'une manière

6 Art. 1833 du *Code civil* : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

qui n'était pas indispensable, la référence à cet intérêt social élargi a été répétée dans le corps de règles propres à la société anonyme (art. L. 225-35 et L. 225-64 du *Code de commerce*).

**[18]** Par l'insertion de ces quelques mots au sein du *Code civil*, ce sont en tous les cas des millions de personnes morales qui ont vu, simultanément et dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, leur gouvernance connaître une évolution importante. Il faut en effet comprendre deux choses sur cet aspect de la loi PACTE. D'une part, cette évolution vise toute société, sans restriction. D'autre part, la mise en œuvre de la nouvelle disposition ne suppose pas, à la différence des deux autres innovations qui seront vues ensuite, de démarche particulière de la part des sociétés, comme par exemple une modification de leurs statuts. Dit autrement, toutes les sociétés, civiles ou commerciales, sociétés de personnes ou sociétés de capitaux, petites ou grandes, unipersonnelles ou pluripersonnelles, cotées en bourse ou non, se trouvent de plein droit concernées par cette évolution.

**[19]** Parmi les questions que cet élargissement de l'intérêt social a suscitées, on s'est notamment interrogé sur les sanctions encourues en cas de non-respect de la nouvelle conception de l'intérêt social. Afin de ne pas gêner les sociétés concernées, le dispositif sur les nullités des actes sociétaires a été modifié pour écarter expressément la sanction de nullité (V. art. 1844-10 du *Code civil*).



## 2. DEUXIÈME ÉTAGE DE LA FUSÉE : LA RAISON D'ÊTRE

**[20]** La deuxième innovation issue de la loi PACTE que nous allons évoquer consiste dans la possibilité donnée à toutes les sociétés qui le souhaitent de se doter d'une « raison d'être ». Celle-ci, indique l'article 1835 du *Code civil* en sa rédaction modifiée en 2019, est « constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

**[21]** Le législateur n'a pas précisé davantage en quoi pouvaient consister les principes appelés à constituer la raison d'être, mais cela a été généralement compris comme des objectifs de bonne conduite, ou comme une conception sublimée de l'activité de la société. On prendra pour exemple la raison d'être qui figure dans les statuts de la société Danone (la version des statuts qui a été consultée est celle du 22 septembre 2022).

**II – Raison d'être**

La raison d'être de la Société est d'apporter la santé par l'alimentation au plus grand nombre. Cette raison d'être se traduit par le cadre d'action « One Planet. One Health » dont s'est dotée la Société et qui reflète la conviction que la santé des hommes et la préservation de la planète sont interdépendantes et doivent être au cœur de la stratégie d'une entreprise alimentaire. Ce cadre d'action s'appuie sur plusieurs décennies d'une démarche d'entreprise responsable au service d'un double projet économique et social.

Raison d'être de la société Danone
(Statuts à jour au 22 sept. 2022, article 1, II)

**[22]** Comme on le voit, la raison d'être de cette société se rapproche de son activité, mais elle exprime une approche plus généreuse et altruiste, et ne se contente pas de simplement décrire une activité économique.

**[23]** Comme pour l'intérêt social élargi, c'est au sein du chapitre du *Code civil* édictant les règles applicables à toutes les sociétés que le dispositif nouveau a été placé[7]. Mais à la différence de la mesure issue de l'article 1833 du *Code civil*, qui ne suppose pas d'action de la part de la société pour y être soumise, la société qui entend mettre en avant une raison d'être doit procéder à une modification de ses statuts.



**[24]** Cette possibilité désormais offerte aux sociétés d'adopter une approche moins strictement tournée vers la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie a-t-elle rencontré beaucoup de succès ? On ne dispose pas de chiffres portant sur l'ensemble des sociétés, mais un rapport demandé par le Gouvernement et rendu public en octobre 2021 (Dondero, 2021, p. 3) a donné des informations sur la manière dont la nouvelle institution de la raison d'être avait été utilisée par les sociétés de l'indice SBF 120, qui sont des sociétés cotées en bourse et de grande taille. On constate que la majorité de ces sociétés ont adopté une raison d'être, mais cette observation doit être précisée. En réalité, seulement 10 sociétés ont inclus une raison d'être dans le corps de leurs statuts, 5 sociétés l'ayant quant à elles fait figurer au sein d'un préambule de leurs statuts - ce qui n'est juridiquement sans doute pas différent de l'hypothèse précédente, sauf manifestation claire de volonté des rédacteurs de formuler autre chose que des règles contraignantes. Ce sont enfin 55 sociétés sur 120 qui ont adopté une raison d'être, mais sans que celle-ci soit insérée dans leurs statuts. On regrettera de ne pas disposer encore de chiffres sur les sociétés hors SBF 120.

**[25]** Si l'on peut formuler une observation sur la raison d'être à partir de certaines expériences constatées par l'auteur de ces lignes, elle consistera à reconnaître que le processus qui conduit les associés/actionnaires (et les autres parties prenantes,

7 De manière peu utile, des dispositions spéciales reprennent ce dispositif. Le *Code des assurances* a ainsi été enrichi d'un article L. 322-26-1-2 disposant que : « Les statuts des sociétés d'assurance mutuelles peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont elles se dotent et pour le respect desquels elles entendent affecter des moyens dans la réalisation de leur activité ». Mais les sociétés d'assurance mutuelles, précisément parce qu'elles sont des sociétés, sont pleinement soumises à l'article 1835 du *Code civil*, et la disposition spéciale n'était donc pas utile.

éventuellement) à réfléchir ensemble à la formulation de la raison d'être d'une société est en règle générale l'occasion de procéder à des prises de conscience et à des réflexions fondamentales sur la société concernée, ce qui ne devrait jamais être inutile.

## 3. TROISIÈME ÉTAGE DE LA FUSÉE : LA SOCIÉTÉ À MISSION

**[26]** La troisième et dernière innovation issue de la loi PACTE du 22 mai 2019 et qui sera évoquée ici a constitué à introduire en droit français un statut optionnel, inspiré du modèle américain des *benefit corporations*. Une société, tout en poursuivant l'objectif de réalisation d'un bénéfice ou d'une économie, ainsi que le prévoit l'article 1832 du *Code civil*, peut se donner un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux, comme la lutte contre le dérèglement climatique ou l'insertion professionnelle des personnes en difficulté. À la différence des deux innovations précédentes, le statut de société à mission n'est accessible qu'aux sociétés commerciales. Il résulte notamment des nouveaux articles L. 210-10 à L. 210-12 du *Code de commerce*.

**[27]** Précisément, les sociétés commerciales, peu importe leur forme, peuvent faire publiquement état de la qualité de « société à mission », notamment par le biais d'une mention au Registre du commerce et des sociétés. À l'instar de ce que l'on a vu pour la raison d'être, une démarche particulière est nécessaire, mais elle est ici plus substantielle que l'ajout d'une raison d'être aux statuts (même si l'insertion d'une raison d'être dans les statuts est aussi requise pour devenir société à mission).

**[28]** L'adoption du statut de société à mission suppose ainsi, de la part de la société concernée, (1) de se doter d'une raison d'être, insérée dans ses statuts; (2) de se doter d'une mission, c'est-à-dire d'identifier « un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité », ces objectifs devant également figurer dans les statuts; (3) de se doter d'un organe social spécifique chargé du suivi de la mission[8]; (4) de se soumettre à une vérification régulière (au moins tous les deux ans) opérée par un organisme tiers indépendant (OTI)[9] et de réaliser les mesures de publicité requises[10].

**[29]** À défaut de respect des conditions précitées, ou lorsque l'avis émis par l'OTI conclut au non-respect de la mission, le ministère public ou tout intéressé peut saisir le président du tribunal en référé aux fins d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au représentant légal de la société de supprimer la mention « société à mission » de tous les actes, documents ou supports électroniques émanant de la société[11].

**[30]** Comme pour la raison d'être, le rapport Rocher fournit des données intéressantes de l'utilisation effective des nouvelles possibilités offertes aux sociétés de droit français.

8 Art. L. 210-10, 3° et L. 210-12 du *Code de commerce*. Le premier texte impose par principe la mise en place d'un comité de mission tenu de présenter aux associés/actionnaires annuellement un rapport, le second permet aux sociétés de petite taille de substituer à ce comité un référent de mission.

9 Art. L. 210-10, 4° et R. 210-21, II du *Code de commerce*.

10 Art. L. 210-10, 5° du *Code de commerce*.

11 Art. L. 210-11 du *Code de commerce*.

Le statut de société à mission avait tenté, apprend-on, un peu plus de 200 sociétés à la fin de l'année 2021, mais d'autres sources en relevaient davantage. Le rapport relève que quatre de ces sociétés sont cotées, Danone étant la plus importante. Mais à côté de ces grandes entreprises, le rapport note que 70 % des sociétés à mission ont moins de 50 salariés. Des données plus récentes recensaient au 1er septembre 2022 pas moins de 731 sociétés à mission, dont toujours une forte proportion (79 %) d'entreprises de moins de 50 salariés[12].

## BIBLIOGRAPHIE


COURET, A. et B. DONDERO, *Loi pacte et droit des affaires*, coll. Dossier pratique, Levallois-Perret (Hauts-de-Seine), Éditions Francis Lefebvre, 2019.

DONDERO, B., *Rapport Rocher : bilan de l'application de la loi PACTE et propositions d'évolution*, (2021) 12 Bulletin Joly Sociétés 3-7.

DALMAU, R., « Les sociétés à mission : quelle nature et quelles sanctions ? », (2020) *JCP* éd. E. 1136 34-38.

MASSET, E., « Décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission : la fusée peut désormais décoller ! », (2020) *Revue sociétés* 207.

MORTIER, R., S. DE VENDEUIL et B. ZABALA, « La réforme du droit des sociétés par la loi PACTE », (2019) *Droit Sociétés étude* nº 8 5-29.

REYGROBELLET, A., « Les aspects de droit des sociétés dans la loi PACTE », (2019) *JCP* éd. N. 1205 31-34.

URBAIN-PARLEANI, I. (dir.), *La loi Pacte du 22 mai 2019 : le nouveau visage du droit des sociétés*, *Revue sociétés*, Paris, Éditions Dalloz, 2019.




12 France Stratégie, Comité de suivi et d'évaluation de la loi PACTE, 3ème rapport, 2022, p. 23.

# MISSION : PHOTO D'UN OBJET JURIDIQUE DE MIEUX EN MIEUX IDENTIFIÉ



Ivan TCHOTOURIAN[13], Margaux MORTEO[14] et Yassine BEN MESSAOUD[15]



13 Professeur titulaire en droit des affaires, gouvernance et responsabilité sociale, directeur par intérim de l'Institut d'éthique appliquée (IDÉA) et membre-fondateur du Laboratoire interdisciplinaire sur la RSE (LIRSE) (Canada).

14 Étudiante inscrite au doctorat en droit (Université Laval – Université Paris 1), Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de Nice Côte d'Azur, lauréate de la Bourse d'excellence Paule-Gauthier 2018.

15 Étudiant inscrit au doctorat en droit (Université Laval – Université Bordeaux), lauréat de la Bourse d'excellence Paule-Gauthier 2022.

## RÉSUMÉ

Il y a quelques années la mission est apparue dans le paysage juridique des entreprises comme un OVNI. Notion étrange et surprenante à l'époque, elle est venue en enrichir d'autres gravitant dans le monde du droit des sociétés. Le juriste commence aujourd'hui à mieux la circonscrire, même si certains mythes sont encore tenaces. L'OVNI est de mieux en mieux identifié. Si la mission est une notion qui existe sans le droit, elle est en effet aujourd'hui saisie par le droit. L'apparition d'une nouvelle forme d'entreprise en témoigne : l'entreprise à mission. Cette entreprise n'est pas une, elle peut être spécifique ou certifiée. Elle est finalement l'objet d'un foisonnement normatif ainsi qu'en témoigne le projet de loi nº 747 du Québec, mais présente un fil conducteur : démontrer une volonté de crédibiliser et d'asseoir les démarches éthiques et de responsabilité sociale des entreprises en s'appuyant sur une double mission sécurisée.

> Nos lois sont de plus en plus bavardes et multiplient les concepts flous que les chefs d'entreprise et les tribunaux auront bien des difficultés à appliquer demain[16]

## INTRODUCTION

**[31]** Peu de notions ont déchainé récemment autant de passion en droit des sociétés et de l'entreprise que celle de mission. Largement connue dans d'autres disciplines, elle a longtemps été une inconnue en droit… ce qu'elle n'est plus. Pour l'essentiel, trois évolutions majeures ont placé la mission sous le microscope juridique des deux côtés de l'Atlantique et même bien au-delà :

- les doutes sérieux sur l'applicabilité et la réalité des politiques de RSE des grandes entreprises (Raïm, 2021) étant donné les conséquences néfastes de leurs activités sur leur environnement, celles-ci étant parfois (voire souvent) en décalage avec les déclarations ou les engagements publics de ces hauts dirigeants (Quoidbach, 2021);

- l'inévitable apparition de la thématique de l'entreprise responsable, éthique ou encore, durable (« sustainable ») qui vient bouleverser le but classique de la société par actions, « merveilleux instrument du capitalisme » comme l'affirmait le doyen Georges Ripert dans les années 1950 (Ripert, 1951);

- l'émergence de nouvelles formes d'entreprises tentant de mettre fin à la contradiction apparente entre profitabilité et RSE : entreprises sociales (société d'intérêt communautaire, société à contribution communautaire), entreprises à mission dites « hybrides » (Benefit Corporation, Public Benefit Corporation, Benefit Company, société à mission) (Liao, Tawfik et Teichreb, 2019; Tchotourian et Morteo, 2018; Levillain, Hatchuel et Segrestin, 2012).

**[32]** La mission est devenue le thème en vogue du droit des sociétés (Fisch et Solomon, 2021, p. 1309) auquel s'intéressent des rapports d'organisation publics et privés, des études et événements scientifiques, des projets de loi et des réformes législatives. Un centre (rattaché au cabinet privé *Navigator*) a été créé au Canada en 2020 et est destiné à explorer spécifiquement cette thématique. La gouvernance d'entreprise contient elle-même des réflexions sur la mission (et également la raison d'être) (Levillain, 2017) qui s'intensifie depuis quelques années. Il est amusant de constater que le juriste s'y intéresse aussi sans toutefois la maîtriser, ni la situer nettement dans le paysage juridique des notions qu'il côtoie habituellement : objet social, intérêt social, intérêt commun, *affectio societatis*, but, etc. Selon le *Petit Robert*, la mission désigne la « charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose, de faire quelque chose ». Cette définition apporte un élément important de ce qu'est une mission, soit la charge d'accomplir. Les entreprises ont donc une charge d'accomplir (cette idée d'agir), encore faut-il définir de quel accomplissement il est question.

**[33]** Après avoir présenté ce qu'est la mission (1), cet article démontre son intégration en droit des sociétés dans une perspective comparative et critique. Véritable déferlante, la mission s'impose au travers d'un nouveau modèle d'entreprise : l'entreprise à

16 Assemblée nationale, XVe Législature, Compte rendu intégral, no 115 A.N. (C.R.), p. 107.

mission. En creusant, la situation se révèle plus complexe qu'il n'y paraît et le droit fait place à deux catégories d'entreprises à mission : celle spécifique et celle certifiée (2). La dernière partie de cet article se concentre sur la situation québécoise pour détailler le projet de loi nº 747 qui propose de modifier le droit des sociétés par actions pour faire place à une entreprise à mission (3).

## 1. MISSION : DES MYTHES DÉBOULONNÉS

**[34]** Plusieurs éclaircissements peuvent être apportés sur la mission afin de mieux la comprendre et de la situer dans la constellation notionnelle du droit des sociétés :

**Tableau 1**

**Constellation notionnelle**

| Notions traditionnelles | Notions émergentes |
|---|---|
| Objet social | Raison d'être |
| Activité | Mission |
| But | Objectif |
| Intérêt social | Valeur |
| Affectio societatis | |
| Contrat | |

Ainsi, la mission doit être démystifiée et revisitée (sur les mythes dans le domaine du droit de l'entreprise, voir : Macey, 2020; Tchotourian, Bernier et Tremblay-Potvin, 2017; Larcker et Tavan, 2020).

### 1.1 MYTHE N° 1 : MISSION ET RAISON D'ÊTRE, C'EST DU PAREIL AU MÊME

**[35]** Mission et raison d'être sont des notions différentes. Les vocables raison d'être et mission sont tantôt utilisés indistinctement dans la littérature gestionnaire, tantôt distingués (les groupes de travail, 2020). La raison d'être (le fameux « purpose » : *Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood*, 2021) est une identité, une orientation ou une boussole stratégique. Dans le rapport intitulé *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Nicole Notat et Jean-Dominique Sénard définissent la raison d'être comme la manière « d'exprimer ce qui est indispensable pour la société ». Pour reprendre l'avis du Conseil d'État français sur la loi PACTE, la raison d'être est un dessein, une ambition, une considération générale tenant à l'affirmation de valeurs ou de préoccupations de long terme. Elle est ce qu'une entreprise veut et aspire à accomplir (Mayer, 2016, p. 5). La raison d'être accorde une primauté au pourquoi. Elle renvoie aux approches économiques visant la création de valeur par les entreprises (Fisch et Davidoff Solomon, 2020, p. 147). En comparaison, la mission est davantage en lien avec des engagements. Elle doit se traduire par une contribution sociétale

mesurable en actions. La mission implique donc un engagement et une action. Elle est un outil d'aide à la gouvernance, avec des implications et une prise en charge de responsabilité rehaussée.

### 1.2 MYTHE N° 2 : LA MISSION NE CONCERNE QUE LE SECTEUR NON LUCRATIF

**[36]** S'il est naturel que la question de la mission se trouve au cœur des organisations du secteur non lucratif (elle est leur ADN et leur signe distinctif), il en va *a priori* différemment des entreprises du secteur lucratif. Néanmoins, la mission concerne aujourd'hui les sociétés lucratives... et même surtout les sociétés lucratives ! L'entreprise hybride est de plus en plus à dominance sociétaire. Les sociétés lucratives peuvent de moins en moins y échapper (la demande des salariés, des consommateurs et des mouvements sociaux est en ce sens), qu'elles soient petites, moyennes ou grandes. Même si ce sont les grandes entreprises qui sont sous les feux de la rampe depuis quelque temps (Business Roundtable, 2019), il n'en demeure pas moins que la mission concerne toutes les entreprises lucratives. Chacune implique en effet la mise en place d'une stratégie (plus ou moins détaillée) sur laquelle va reposer son succès ou son échec. Or, une stratégie crédible est indissociable d'une mission qui en constitue le pilier. Cette large portée de la mission est confirmée par le mouvement contemporain qui secoue les entreprises lucratives : un mouvement s'inscrivant en faveur des « mission-driven companies » ou « purpose-driven companies ».

### 1.3 MYTHE N° 3 : LA MISSION NE PEUT EXISTER SANS LE DROIT

**[37]** Le réflexe du juriste est souvent de tout juridiciser. La mission n'y échappe pas. Pourtant, la mission n'est pas une notion à proprement parler juridique. Bien qu'elle ait intégré le droit (par le biais de réformes législatives) et l'ordre juridique sociétaire (Farges, 2022) (au travers sa consécration dans les statuts[17]), elle trouve son origine en sciences de la gestion. La mission intègre pourtant le milieu juridique depuis quelques années. En réalité, les débats en droit qui ont animé les années 1930 entre Adolphe Berle et Merrick Dodd sur la responsabilité sociale des entreprises peuvent être vus comme précurseurs des discussions actuelles qui entourent la mission des entreprises. L'intervention du droit apporte à la mission une normativité plus large, une certaine dureté et envoie un message sur son importance (Tchotourian et Morteo, 2019). Son introduction dans les statuts a le potentiel de contraindre les dirigeants à la prendre en considération, même si l'article 120 du droit québécois des sociétés précise qu'aucune disposition des statuts, du règlement intérieur, d'une résolution ou d'un contrat ne peut libérer les administrateurs des obligations auxquelles ils sont tenus, ni de leur responsabilité en cas de manquement à ces obligations. Il va falloir que statuts et contenu des devoirs de prudence et de loyauté soient alignés. En tous les cas, la juridicisation de la mission peut constituer une solution face à l'inflation des rhétoriques pro-parties prenantes davantage déclaratives que normatives (Bebchuk, Kastiel et Toniolo, 2023, p. 30). Le cas de l'entreprise *Twitter* et son acquisition par Elon Musk illustre le rôle essentiellement « superfétatoire » de la mission en l'absence de juridicisation. En effet, il apparaît que les dirigeants de *Twitter*, dans le contexte de l'OPA, n'ont pas cherché à représenter les intérêts des salariés, soit en obtenant une

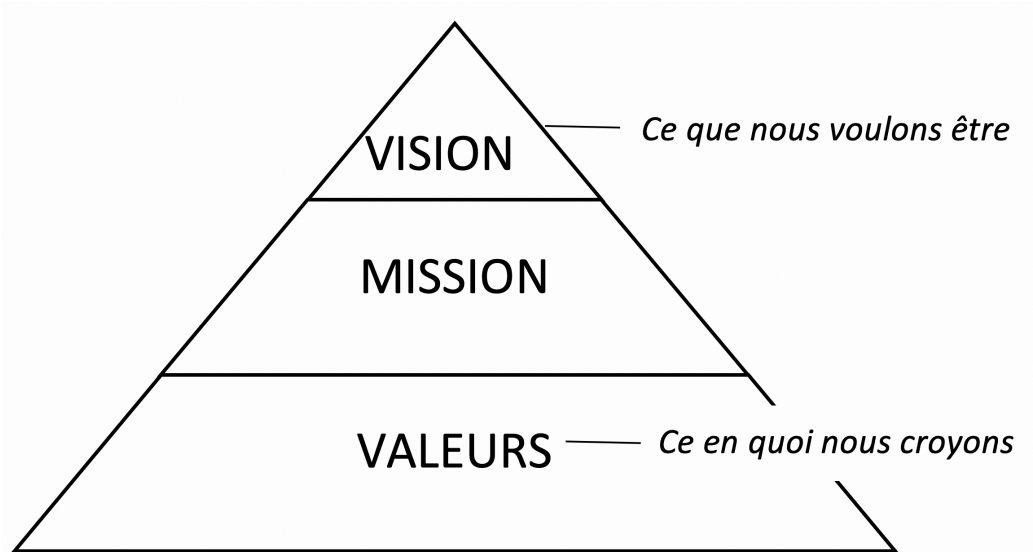
17 Plusieurs grandes entreprises et institutions financières canadiennes et québécoises se sont déjà dotées d'une mission. En pratique, celle-ci figure en dehors des statuts et se trouve bien plus fréquemment sur les pages Web des entreprises et des banques. Pour un survol des missions adoptées par les entreprises canadiennes, voir Tchotourian (à paraître en 2023).

promesse de la part de l'acquéreur, soit en obtenant des informations sur sa stratégie en ce qui concerne la masse salariale (Bebchuk, Kastiel et Toniolo, 2023, p. 12). Quelques jours après l'acquisition, c'est plus de la moitié des salariés de *Twitter* qui ont été licenciés. De plus, la mission générale de *Twitter* a été ignorée dans les négociations. Aucune mesure n'a été adoptée pour garantir la continuité de la mission à laquelle Twitter a prêté allégeance (Bebchuk, Kastiel et Toniolo, 2023, p. 20). En d'autres termes, en l'absence de juridicisation, la mission se réduit à un outil de relation publique au service des dirigeants-stratèges.

### 1.4 MYTHE N° 4 : LA MISSION, RIEN QUE LA MISSION

**[38]** La mission se trouve évoquée dans la littérature des sciences de l'administration en même temps que les notions de valeurs et de vision. Mission, vision et valeurs fondamentales sont intimement liées, comme l'illustre l'image ci-dessous :

**Figure 1**




La mission ne peut donc être détachée de la vision et des valeurs. L'énoncé d'une mission sans arrimage avec une vision et des valeurs fondamentales risque de sonner creux et de produire une pratique que certains experts dénoncent sous le vocable de « mission-washing » (Abou El Khair, 2020). La mission ne peut être isolée et doit s'arrimer sérieusement avec la vision et les valeurs défendues par les entreprises. Tout *one size fit all* est à rejeter en ce domaine et c'est du sur mesure qui est de mise. L'exercice de rédaction de la mission est périlleux et doit être vu de manière holistique.

### 1.5 MYTHE N° 5 : MISSION = PLUS DE RSE

**[39]** La mission est associée souvent aux problématiques de responsabilité sociétale, de critères ESG, d'enjeux sociétaux et d'investissement responsable. Les écrits touchant la mission établissent ce lien quasi-naturel. Pourtant, la définition de la mission ne contient pas une relation étroite avec la RSE. Pour s'en convaincre, il faut simplement rappeler que la mission des entreprises lucratives a longtemps été associée à la seule réalisation de profits. Bien que cette affirmation puisse aujourd'hui choquer,

elle est pourtant exacte. Elle est d'ailleurs encore parfaitement légitime dans certains secteurs d'activité (le secteur extractif par exemple) et certains milieux (le milieu d'affaire notamment). La vraie question est alors de déterminer si la réalisation du profit peut se faire au détriment de toute vision long-termiste ou pérenne de l'entreprise. La réalisation de profit peut-il se faire en causant des dommages ? En d'autres mots, l'entreprise peut-elle être réduite à un acteur économique créant de la valeur financière ? Ceci semble de moins en moins le cas (récemment, voir : Freeman, Martin et Parmar, 2020, p. 134). Avec une vision de cette nature qui s'impose de plus en plus comme une norme de gestion (auprès des gestionnaires mais aussi des conseils d'administration (ci-après « CA ») qui voient évoluer leurs devoirs fiduciaires), mission et RSE travaillent main dans la main, l'une et l'autre étant indissociable.

### 1.6 MYTHE N° 6 : LA MISSION CHANGE TOUT

**[40]** La croyance veut que l'indication d'une mission rendrait une entreprise quasi automatiquement vertueuse. Pourtant, il faut se départir de ce raccourci. La mission ne change pas tout dans une entreprise… loin de là ! L'énoncé d'une mission ne fait pas des entreprises des acteurs responsables. *Frankenstein* n'a pas disparu (Wormser, 1931). Une mission implique un travail d'arrimage avec la vision et les valeurs, mais aussi des réflexions sur la création de valeur et la performance, sur l'intégration des parties prenantes, sur l'accroissement de la transparence, en ajoutant un travail solide sur son opérationnalisation dans tous les aspects de la chaîne de production et sur l'implication des travailleurs à sa réussite. Il y a donc un long chemin pour qu'une mission change réellement la donne. Elle peut certes changer les choses (notamment donner du sens au travail et de la confiance à ses partenaires externes et à sa communauté), mais pas à n'importe quelle condition.



## 2. NOUVEAU MODÈLE D'ENTREPRISE : UNE MISSION CONSACRÉE

**[41]** Le droit s'est saisi depuis peu de la mission de l'entreprise lucrative dans la foulée d'une conquête significative de la « réglementation » en matière de RSE (Tchotourian, Geelhand De Merxem, Langenfeld, Morteo et Houle, 2020). L'importance prise par la mission a été consacrée au travers l'apparition d'une nouvelle forme d'entreprise : l'entreprise à mission.

> [L]awmakers are beginning to create new legal forms for social enterprise to meet growing demands from entrepreneurs – with mixed results. These new legal forms offer a hybridization of both for-profit and nonprofit legal characteristics to govern businesses pursuing dual economic and social mandates. (Nous soulignons) (Liao, 2018, p. 104).

**[42]** Innovation en pleine effervescence, l'entreprise à mission se caractérise par la détention de sa propre personnalité couplée à des règles juridiques imposant et/ou encourageant la poursuite d'une double mission (économique et sociale) (à propos de cette définition de l'entreprise hybride, voir : Liao, 2014). L'initiative toute récente du Québec s'inscrit finalement dans un *continuum* d'initiatives : « The list of nations experimenting with the intersection of social enterprise and corporate law is growing » (Liao, 2019, p. 668).

**[43]** Cette saisine par les juristes est à souligner, car elle dépasse la logique des systèmes juridiques qui habituellement fragmente les évolutions nationales. Que le pays soit de tradition civiliste (France, Québec), de tradition continentale (Allemagne) ou de tradition de *common law* (États-Unis, Angleterre), les autorités publiques font de l'entreprise à mission une évidence (Tobin, 2015) et renforcent le caractère normatif de la mission. Deux voies sont actuellement empruntées par le droit : structure dédiée reconnue dans le droit des sociétés (2.1) ou certification attribuée par une autorité publique (2.2) (Liao, Tawfick et Teichreb, 2019, p. 97). La différence de fondement ne traduit pas pour autant une différence de régime : « What can be accomplished with a legal structure can be done, arguably, with a certification and vice versa » (Liao, Tawfick et Teichreb, 2019, p. 97).

## 2.1 ENTREPRISE À MISSION SPÉCIFIQUE

**[44]** Des États ont adopté un régime propre aux entreprises à mission et, pour ce faire, n'ont pas hésité à amender leur droit des sociétés par actions (Tchotourian, 2021, p. 778). L'entreprise à mission peut être alors qualifiée de « spécifique ». Au Canada, la Colombie-Britannique a même fait place, dans son droit des sociétés par actions, à deux structures : la *Community Contribution Company* (ou société à contribution communautaire, encore appelée C3) et la *Benefit Company* (ou société d'intérêt social) !

**Tableau 2**

**Pays/États/Provinces ayant choisi une entreprise à mission spécifique**[18]

| Dénomination de la structure | Pays / province | Date d'entrée en vigueur |
|---|---|---|
| Shehui ban | Chine | 1949 |
| Chalatz | Israël | 1999 |
| Community Interest Company | Angleterre | 2005 |
| Community Company | Îles Salomon | 2009 |
| Community Company | Vanuatu | 2009 |
| Benefit Corporation | États américains | 2012 |
| Ejito | Mexique | 1917 / 2012 |
| Community Contribution Company | Colombie-Britannique | 2013 |
| Community Interest Companies | Nouvelle-Écosse | 2016 |
| Società benefit | Italie | 2016 |
| Benefit Company | Colombie-Britannique | 2020 |

18 Tableau inspiré de : Liao, Tawfick et Teichreb, 2019, p. 88.

## 2.2 ENTREPRISE À MISSION CERTIFIÉE

**[45]** La saisine des juristes dépasse aussi le droit entendu comme norme obligatoire et sanctionnée. En effet, le droit souple (de type *soft law*) fait place à la mission, comme le montrent les mécanismes de certification publique permettant d'identifier et de crédibiliser l'entreprise à mission. L'entreprise à mission peut alors être qualifiée de « certifiée ». Sans instituer une structure sociétaire distincte, des États choisissent un dispositif de type agrément, déclaration ou autorisation dont la délivrance est contrôlée par les autorités publiques au vu du respect de conditions (Tchotourian, 2021, p. 772 et s.).

**Tableau 3**

**Pays ayant choisi une entreprise à mission certifiée**[19]

| Dénomination de la structure | Pays / province | Date d'entrée en vigueur |
|---|---|---|
| Private institutions of social solidarity | Portugal | 1983 |
| Social enterprise | Finlande | 2003 |
| Work-integrated social enterprise | Lituaniue | 2004 |
| Social enterprise ex-lege | Italie | 2006 |
| Social enterprise | Corée du Sud | 2006 |
| Work integration social enterprise | Espagne | 2007 |
| Community business | Corée du Sud | 2010 |
| Social enterprise | Slovénie | 2011 |
| Special employment centre | Espagne | 2013 |
| Social enterprise | Danemark | 2014 |
| Entreprise solidaire d'utilité sociale | France | 2014 |
| Enterprise | Vietnam | 2014 |
| Social enterprise | Thaïlande | 2016 |
| Société à mission | France | 2019 |

19 Tableau inspiré de : Liao, Tawfick et Teichreb, 2019, p. 87 et s.

## 3. PROJET DE LOI N° 797 : UN GOUVERNEMENT EN MISSION[20]

**[46]** Avec le projet de loi nº 797 *Loi modifiant la Loi sur les sociétés par actions afin d'y intégrer l'entreprise à mission* déposé le 26 mai 2021 (Martel, Bantey et Levine, 2021; Rousseau et Tchotourian, 2021; Brizard, Ferron, Fournier et François Larouche, 2021), le Québec rejoint les provinces de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse. En comparaison, l'échelon fédéral se montre excessivement discret sur le sujet si ce n'est la publication de quelques rapports parlementaires dans les années 2000 :

**Tableau 4**

**Situation canadienne par rapport à l'entreprise à mission**

| | Échelle fédérale | Échelle provinciale |
|---|---|---|
| Initiative législative | - | Nouvelle-Écosse<br>Colombie-Britannique |
| Type d'entreprise à mission | - | Entreprise à mission « spécifique » |

Le projet législatif de l'ancien député Leitão souhaite intégrer dans la *Loi québécoise sur les sociétés par actions* un nouveau chapitre IV.1 intitulé « Entreprise à mission » (articles 42.1 et s.); ajouter l'article 490.1; et modifier diverses dispositions qu'elle contient (les articles 2, 5, 31, 32, 118, 489). La réforme québécoise fait le choix d'une entreprise à mission spécifique qui s'inspire du modèle de la *Benefit Corporation* étatsunienne. Le projet de loi québécois réforme le droit des sociétés par actions sur trois plans : sur le plan de la finalité (3.1), sur le plan de la gouvernance (3.2) et sur le plan de la transparence (3.3)

### 3.1 FINALITÉ

**[47]** « At the heart of the benefit corporation is the concept of public interest » (Nous soulignons) (Vaughan et Arsneault, 2018, p. 57). C'est ce que confirme le projet de loi québécois. Le projet impose une double déclaration dans les statuts : une déclaration d'engagement responsable et durable et une disposition relative aux intérêts sociaux. L'article 5 actuel de la LSAQ serait modifié en conséquence. Afin d'être considérée comme une entreprise à mission, une société par actions doit donc déclarer que : « La présente société est une entreprise à mission. À ce titre, elle s'engage à exercer ses activités de façon responsable et durable et à promouvoir un ou plusieurs intérêts sociaux » (art. 42.1 de l'art. 5 du projet). Tout d'abord, la société doit promouvoir des « intérêts sociaux » définis comme « […] toute considération environnementale ou sociale qui profite à l'environnement ou à un groupe de personnes autres que les actionnaires en leur qualité de détenteurs d'actions » (art. 42.1 al. 5 de l'art. 5 du projet). Ensuite, la société doit inclure dans ses statuts un engagement à promouvoir les intérêts sociaux et à exercer ses activités « de façon responsable et durable », ce qui est défini par la loi comme « […] la prise en compte du bien-être des personnes

20 Certains passages de cette partie sont extraits de l'ouvrage suivant : Tchotourian (à paraître en 2023).

touchées par les activités de la société et l'utilisation d'une part équitable et proportionnée des ressources environnementales, sociales et économiques disponibles » (art. 42.1 al. 4 de l'art. 5 du projet). Pour cesser d'être une entreprise à mission, il suffit à la société par actions de modifier ses statuts pour en retirer la double déclaration (art. 42.3 de l'art. 5 du projet).

### 3.2 GOUVERNANCE

**[48]** Le projet de loi réécrit l'obligation fiduciaire des CA et des dirigeants pour s'assurer que les activités sont exercées de façon responsable et durable et de manière à promouvoir les intérêts sociaux statutaires. L'article 42.3 contenu dans l'article 5 du projet de loi nº 797 prévoit que les devoirs des membres du CA et des dirigeants d'une entreprise à mission, dans l'exercice de leurs fonctions, consistent à concilier leurs obligations habituelles de prudence, de diligence, d'honnêteté et de loyauté avec celles de veiller à ce que la société exerce ses activités de façon responsable et durable et qu'elle promeuve les intérêts sociaux énoncés dans les statuts. L'alinéa 2 de ce même article précise que ces devoirs n'entraînent néanmoins aucune obligation envers les tiers pouvant être concernés par les intérêts sociaux et les engagements inscrits aux statuts et ne leur confèrent aucun recours. Enfin, seul un actionnaire détenant au moins 2 % des actions peut s'adresser au tribunal pour lui demander d'ordonner aux membres du CA ou aux dirigeants de se conformer à leurs devoirs (art. 42.3 al. 3 de l'art. 5 du projet).

### 3.3 TRANSPARENCE

**[49]** Le projet de loi exige la production d'un rapport annuel d'intérêt social présenté aux actionnaires (art. 42.5 al. 1 de l'art. 5 du projet) qui évalue la performance de la société à exercer ses activités de façon responsable et durable et à réaliser les engagements souscrits aux statuts (art. 42.4 2º de l'art. 5 du projet), et ce, en fonction d'une norme d'intérêt social (art. 42.4 1º de l'art. 5 du projet) élaborée par un « organisme de normalisation » reconnu par le gouvernement, suivant les conditions établies par règlement (art. 42.4 al. 2 de l'art. 5 du projet). Préparé et approuvé par le CA, le rapport d'intérêt social comprend :

> 1° une description juste et précise des moyens utilisés par la société pour exercer ses activités de façon responsable et durable; 2° une description juste et précise des moyens utilisés pour promouvoir les intérêts sociaux inscrits aux statuts; 3° l'évaluation détaillée de la performance de la société en fonction de la norme d'intérêt social sélectionnée; 4° les circonstances qui ont empêché la société de respecter les engagements inscrits aux statuts, le cas échéant; 5° la justification du choix de l'organisme de normalisation; 6° toute autre information dont la présentation est exigée par les statuts, le règlement intérieur ou une convention unanime des actionnaires. (article 42.5 al. 2 de l'art. 5 du projet).

**[50]** Intégré dans les livres et registres de l'article 31 de la LSAQ, le rapport d'intérêt social peut être consulté par les actionnaires qui peuvent en obtenir des extraits gratuitement pendant les heures normales d'ouverture de ses bureaux. De plus, toute personne peut, sans frais, consulter une copie du rapport d'intérêt social en vertu de la nouvelle rédaction de l'article 32 LSAQ. Sur la base du nouvel article 490.1 de la LSAQ,

le CA encourt une responsabilité pénale (amende de 5 000 $ à 50 000 $ imposée à ses membres) à défaut de présenter le rapport aux actionnaires à l'assemblée annuelle.

## CONCLUSION

**[51]** Bien que le concept de mission demeure flou pour plusieurs experts (Deloitte et Citizen Capital, 2019), cet article établi que le contenu de la mission des entreprises évolue : elle est beaucoup plus engageante et inclusive des enjeux modernes (essentiellement sociétaux) qu'elle ne l'a été. L'entreprise l'assume d'ailleurs en énonçant des missions de manière volontaire ou contrainte. Elle suit en cela le mouvement progressiste qui touche les entreprises depuis le début des années 2000 et qui s'est accéléré avec la pandémie (Tchotourian, 2020). La RSE a donc de beaux jours devant elle. Toutefois, le succès de la mission comme ingrédient d'un comportement vertueux dépend d'un ensemble de planète qu'il faut faire graviter. L'arrimage entre mission, vision et valeurs fondamentales constitue une illustration de cette affirmation. C'est cette galaxie qu'il faut rechercher. De plus, le droit n'est pas sans critique, notamment dans sa saisine de la mission à travers l'entreprise à mission. Encouragée comme il le fait, le déploiement des entreprises à mission ne fait pas taire les critiques et les lacunes intrinsèques à ce modèle d'affaires (Tchotourian, Ben Messaoud et Morteo, 2021) :

- comment expliquer que la mission sociale soit définie par les législateurs de manière si variable ?
- comment concilier la poursuite de deux missions qui peuvent être antagonistes ou contradictoires ? Comment le primat de la logique économico-financière peut-il s'arrimer avec la mission sociale et environnementale de l'entreprise ?
- en octroyant une marge de manœuvre aux CA et aux dirigeants, ne leur donne-t-on pas trop de latitude, courant ainsi le risque de les voir se conduire de manière opportuniste ?
- le degré de contrainte de la mission varie suivant que l'entreprise à mission est spécifique ou certifiée, est-ce une solution adéquate ? Quel niveau de règles désire-t-on avoir ?
- les instruments de contrôle, de suivi et d'évaluation du respect de la double mission sont-ils réellement à la hauteur des attentes (Rousse, 2023) ?
- l'opérationnalisation et le passage des objectifs statutaires aux objectifs opérationnels ne doivent-ils pas être mieux garantis ?
- est-il cohérent que les règles régissant cette entreprise (spécifique et certifiée) soient différentes (Tchotourian, 2021; Tchotourian, 2018) ?
- la promotion et l'éducation relativement à ce modèle d'affaires ne sont-ils pas trop oubliés ?

**[52]** Pas de panique cependant, car la mission s'avère être beaucoup plus un instrument stratégique que juridique. Il est donc normal que le droit soit imparfait. Il lui faudra encore du temps pour intégrer parfaitement la mission dans sa constellation notionnelle de droit des sociétés. L'entreprise à mission n'est-elle encore qu'un modèle exploratoire ? Faut-il s'en contenter ? Faut-il chercher ailleurs en se détachant de l'assise que constitue la société par actions ou anonyme ? En dépit de ces interrogations, ce modèle a le mérite d'amorcer une réflexion profonde et saine sur le rôle de l'entreprise dans la société.

## BIBLIOGRAPHIE


ABOU EL KHAIR, C., « Après le "greenwashing", la tentation du "missionwashing" ? », *www.20minutes.fr*, 9 mars 2020, en ligne : <https://www.20minutes.fr/economie/2725383-20200309-apres-greenwashing-entreprises-elles-tentees-missionwashing>.

BEBCHUK, L. A., K. KASTIEL et A. TONIOLO, « How Twitter Pushed Stakeholders Under The Bus », European Corporate Governance Institute - Law Working Paper nº 704/2023, 19 janvier 2023, en ligne : <https://ssrn.com/abstract=4330393>.

BRIZARD, C., D. FERRON, R.-P. FOURNIER et G. FRANÇOIS LAROUCHE, « Le modèle des entreprises à mission sociétale devrait-il être envisagé par le gouvernement du Québec pour parvenir à un capitalisme renouvelé ? », *Langlois*, janvier 2021, en ligne : <https://langlois.ca/wp-content/uploads/2021/01/Livre-blanc-Modele-entreprise-mission-societale-CBrizard-DFerron-RPFournier-GLarouche-Langlois-Avocats.pdf>.

BUSINESS ROUNDTABLE, *Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans'*, 2019, en ligne : <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>.

FARGES, S., *L'ordre public sociétaire*, Thèse de doctorat, Université Paris-Saclay, 2020.

FISCH, J. et S. D. SOLOMON, « Should Corporations Have a Purpose? », (2021) 19 *Texas Law Review* 1309-1346.

FREEMAN, R. E., E. K. MARTIN et B. L. PARMAR, « Business and Ethics : business and ethics must be integrated into holistic business models », dans *The Power of And : Responsible Business Without Trade-Offs*, Columbia University Press, 2020.

LARCKER, D. F. et B. TAYAN, « Seven Myths of Corporate Governance », SSRN Scholarly Paper, 1er juin 2011, en ligne : <https://ssrn.com/abstract=1856869>.

LES GROUPES DE TRAVAIL, *Raison d'être et mission : Deux niveaux d'ambition pour une dynamique d'engagement*, Communauté des entreprises à mission, 2020.

LEVILLAIN, K., *Les entreprises à mission : un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Paris, Vuibert, 2017.

LEVILLAIN, K., A. HATCHUEL et B. SEGRESTIN, « L'impensé de la RSE. La révision du cadre légal de l'entreprise », (2012) 228/229-910 *Revue française de gestion* 185-200.

LIAO, C., « Disruptive Innovation and the Global Emergence of Hybrid Corporate Legal Structures », *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, 2014, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2463583>.

———, « Early Lessons in Social Enterprise Law Cambridge University Press », dans *The Cambridge Handbook for Social Enterprise Law*, BEANS M. et J. W. YOCKEY (dir.), Cambridge University Press, 2018, p. 101-122.

———, « Social Enterprise Law: Friend or Foe to Corporate Sustainability? », dans *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Governance and Sustainability*, SJÅFJELL B. et C. M. BRUNER (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 655-668.

LIAO, C., E. U. TAWFIK et P. TEICHREB, « The Global Social Enterprise Lawmaking Phenomenon: State Initiatives on Purpose, Capital, and Taxation », (2019) 36 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 84-114.

MACEY, J., « The Central Role of Political Myth in Corporate Law », Law Working Paper N° 519/2020, ECGI, mai 2020, en ligne : <https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_ papers/documents/maceyfinal.pdf>.

MARTEL, P., M. BANTEY et H. LEVINE, « Projet de loi n° 797 : Les entreprises à mission sociale bientôt au Québec ? », *Blakes*, 3 avril 2021, en ligne : <https://blakes.com/ perspectives/bulletins/2021/projet-de-loi-n-797-les-entreprises-a-mission-sociale-bientot-au-quebec>.

MAYER, C., « Reinventing the corporation », (2016) 4 *Journal of the British Academy* 53-72.

POLLMAN, E. et R. B. THOMPSON (dir.), *Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood*, coll. Research handbooks in corporate law and governance, Cheltenham, Edgar Elgar Publishing Limited, 2021.

QUOIDBACH, S., « Coûts des dégâts environnementaux: la face obscure des entreprises », *L'Echo*, 5 juin 2021, en ligne : <https://www.lecho.be/dossiers/new-insights-2021/couts-des-degats-environnementaux-la-face-obscure-des-entreprises/10308944.html>.

RAIM, L., « L'arnaque des entreprises responsables », *Le Monde diplomatique*, 1er juillet 2021, en ligne : <https://www.monde-diplomatique.fr/2021/07/RAIM/63269>.

RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951.

ROUSSE, B., *Un besoin d'encadrement ? Une recherche pragmatique québécoise sur la mission de l'entreprise et ses instruments de contrôle*, Essai, maîtrise en droit des affaires, Université Laval, 2023.

ROUSSEAU, S. et I. TCHOTOURIAN, « L'entreprise à mission: une réelle opportunité », Les affaires.com, 3 juin 2021, en ligne : <https://www.lesaffaires.com/blogues/le-courrier-des-lecteurs/l-entreprise-a-mission-une-reelle-opportunite/625376>.

TCHOTOURIAN, I., *L'entreprise à mission au Québec : Critique du projet de loi no 797 à l'aune de l'affaire Danone*, Montréal, Wilson & Lafleur (à paraître en 2023).

TCHOTOURIAN, I., « L'après Covid-19: des prémisses à reconsidérer en droit des sociétés de la gouvernance », (2020) 25-4 *Lexelectronica* 147-154.

TCHOTOURIAN, I., M. MORTEO et B. MESSAOUD, « L'entreprise à mission : les lacunes du modèle », dans *Rapports de pouvoir dans les organisations*, coll. 3e colloque du CRITS, 4 et 5 novembre 2021, Université Saint-Paul, Ottawa, 2021.

TCHOTOURIAN, I., L. GEELHAND DE MERXEM, A. LANGENFELD, M. MORTEO et A. HOULE, « Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la hard law », (2020) 2 *Revue juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review* p. 4796.

TCHOTOURIAN, I. et M. MORTEO, « Benefit Corporation : une normativité de concurrence au service de la RSE », (2019) 21-1 *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale* [en ligne].

TCHOTOURIAN, I., J.-C. BERNIER et C. Tremblay-POTVIN, « Les cinq mythes de la gouvernance d'entreprise : perspective économico-juridique nord-américaine », (2017) t. XXXI-2 *Revue internationale de droit économique* 539.

TCHOTOURIAN, I. et M. MORTEO, *L'entreprise à mission sociétale: Analyse critique et comparative du modèle*, Yvon Blais, 2018.

TOBIN, D., « The Rise of the For-Profit, Socially-Responsible Corporation in Canada », en ligne : <https://www.blaney.com/articles/the-rise-of-the-for-profit-socially-responsible-corporation-in-canada>.

VAUGHAN, K. S. et S. ARSNEAULT, « The Public Benefit of Benefit Corporations », (2018) 51-1 *PS : Political Science and Politics* 54-60.

WORMSER, I. M., *Frankenstein, incorporated*, New York and London, Whittlesey House, McGraw-Hill Book Company, Inc, 1931.

# AFFAIRE *DANONE* : LA SOCIÉTÉ A MISSION ET L'ACTIVISME ACTIONNARIAL





Juliette PETIT[21]

21 Étudiante au doctorat en droit (Université Paris 1 – Université du Luxembourg) (Europe).

## RÉSUMÉ

La société cotée peut-elle être une société à mission ? Porter une mission éthique, tout en satisfaisant les intérêts financiers de ses actionnaires ? C'est la question qui se pose dans l'affaire *Danone* alors que le 25 septembre 2021 une campagne d'activisme actionnarial agressive aboutit à l'éviction de son PDG Emmanuel Faber. Ce départ est symbolique puisque c'est sous son impulsion que Danone était devenue en juin 2020 la première société cotée française à adopter le statut de société à mission. Cette société cotée peut-elle être une société à mission ? D'un point de vue technique, la réponse est sans équivoque, puisqu'en France la loi PACTE offre la possibilité à toute forme de sociétés d'adopter le statut de société à mission. En pratique, comme l'illustre l'affaire *Danone*, cette évolution peut s'avérer problématique. Cependant, et alors que la nouvelle de cette éviction a promptement été reprise comme symbole de l'impossibilité d'allier intérêts financiers et objectifs éthiques, nous nous positionnons à contre-courant de cette analyse. L'affaire *Danone* ne sonne pas l'échec de la société à mission. Nous en voulons pour preuve la persistance trois ans plus tard de son statut, de sa mission et de son ambition de certification *B-corp*. Plutôt, l'affaire *Danone* met en lumière la difficulté de concilier intérêts financiers et objectifs éthiques au sein d'une société cotée. Cette affaire souligne l'importance pour les entreprises de garder un dialogue ouvert et constant avec leurs actionnaires.

**[53]** La société commerciale peut-elle poursuivre un double objectif de création de plus-value financière et éthique ? Au travers de cette question, c'est en fait la question de l'intérêt social qui se pose : quel est l'intérêt de la société, dans quel but doit-elle être gouvernée ? La définition de la notion d'intérêt social a de tout temps animé les débats (Isabelle Corbisier offre une belle analyse de la situation au travers de son ouvrage, Corbisier, 2011; et aussi : Rousseau et Tchotourian, 2009). Plus récemment, car la définition de cet intérêt social pourrait contrevenir à la poursuite par la société commerciale d'un mode de gouvernance soutenable ou d'un objectif éthique.

**[54]** C'est en tout cas ce qu'avancent deux rapports commandités par la Commission européenne, publiés en 2019 et 2020, l'un sur le devoir des directeurs dans la société (European Commission, 2020), l'autre sur les intérêts et le but de la société (Sjåfjell, Mähönen, Novitz, Gammage et Ahlström, 2019). Tous deux arrivent à la conclusion suivante : le principal obstacle à l'adoption d'une activité économique soutenable réside dans l'existence d'une « norme de maximisation du profit » (Sjåfjell, Mähönen, Novitz, Gammage et Ahlström, 2019)[22] qui empêcherait les sociétés d'adopter des comportements plus responsables par peur de faillir à leurs devoirs vis-à-vis des actionnaires de la société. Les conclusions de ces rapports sont débattues (Nordic and European Company Law, 2022). Pourtant, même si cette « norme de maximisation du profit » n'existait pas, il est traditionnellement considéré que l'intérêt social est l'intérêt financier des actionnaires (Diamond, 2021, p. 14)[23]. Cette interprétation de la notion trouve son fondement dans la théorie de l'agence développée par Berle et Means en 1932 (Berle et Means, 1932) (et les auteurs qui leur ont succédé : Easterbrook and Fischel, 1989, p. 1416 et s.; Jensen et Meckling, 1976). Ils prônent une dissociation des éléments de contrôle et de propriété dans la société qui permettrait, selon l'interprétation d'auteurs qui leur ont succédé, de justifier une gouvernance entièrement dédiée à la protection des intérêts financiers des actionnaires. Pour résumer la position : la société étant un objet capitalistique dont les propriétaires sont les actionnaires, le principal but de ses organes dirigeants est de générer du profit et maximiser le retour sur investissement des propriétaires/actionnaires (Friedman, 1962). Le devoir des dirigeants est donc de faire passer les intérêts financiers des actionnaires avant d'autres intérêts sociaux ou environnementaux.

**[55]** Cette théorie est débattue notamment par Freeman (parmi ses travaux, voir : Freeman, 1984; Freeman et Evan, 1990, p. 337; Freeman,1994, p. 409) qui se fait l'avocat d'une théorie alternative dite : théorie des parties prenantes. À son sens, la société a une portée institutionnelle (Hauriou, 1995 ; Freeman, 1984; Freeman et Evan, 1990, p. 337; Freeman et Hauriou, 1925; Hauriou, 1933, p. 89)[24]. Elle est une entité





22 « What further need to be tackled by the EU, is the social norm of shareholder primacy in limited liability companies, which is at the heart of the unsustainability of globalized business. Shareholder Primacy results in pressure on decision-makers in those companies to maximize returns for investors especially shareholders. This acts as a systematically entrenched barrier to corporate sustainability ».

23 Le but et l'intérêt de la société capitaliste est de générer un profit, ce but est donc aussi celui des actionnaires : « What Bernstein and Berle share with their modern counterparts like Roe, Bainbridge and Bebchuk, then, is the mistaken view that the corporation is, in any sense, "governed" at all. In fact, corporations are not governed. They are ruled by capitalists in order that capitalists can rule society. And these rulers are a sophisticated class of controlling stockholders whose only "purpose" is to carry out the laws of the capitalist economic system: capital accumulation and valorization, whatever the consequences of that mandate may be for society as a whole ».

24 Institutionnelle au sens de Maurice Hauriou qui définit l'entreprise comme : « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures ».

sociale, dépendante des intérêts d'une multitude de « parties prenantes » et c'est la protection de l'ensemble de ces intérêts que les dirigeants doivent assurer au travers de leur gouvernance.

**[56]** Il n'empêche que dans la plupart des pays, et jusqu'à récemment en France, la société est définie comme formée pour servir les intérêts de ses fondateurs. Ainsi, en France, jusqu'en 2019, l'article 1833 du *Code civil* prévoyait : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Cette définition pourrait permettre de rendre légitime le comportement de maximisation du profit des sociétés et empêcher les sociétés qui le souhaitent de focaliser leur attention sur la poursuite de buts étrangers à celui du profit (pour une analyse de cette position et des modifications apportées par la loi dite « PACTE », voir : Conac, 2019). Si cette position est débattue, elle a néanmoins mené, en France, à la modification de la définition de la société et à l'introduction d'une qualité spéciale permettant expressément la poursuite concomitante d'un objectif de lucre et d'un objectif éthique. Afin de clarifier le but des sociétés, la loi PACTE (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises) a modifié l'article 1833 du *Code civil* pour une version nouvelle prévoyant que : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Au-delà de la modification de la définition de la société, le législateur introduit aussi la possibilité pour la société de se doter d'une raison d'être et d'une mission éthique. Plus exactement, c'est la loi PACTE, suivant l'exemple des « benefit corporation » des États-Unis (Berrey, 2018), de l'Italie (Graziani, 2021), du Canada et du Royaume-Uni (Cabrelli, 2016), qui a introduit dans le code du commerce la qualité de « société à mission »[25]. Pour obtenir cette qualité, la société doit respecter les cinq conditions suivantes :

- la société doit avoir adopté une raison d'être dans le respect de l'article 1835[26] du *Code civil*;
- ses statuts doivent préciser une mission à accomplir comportant un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux;
- les modalités de suivi de cette mission et la nomination d'un comité de mission chargé de surveiller le respect de la mission doivent être inscrits dans les statuts;
- l'exécution de ces objectifs est vérifiée par un organisme tiers indépendant;
- la qualité de société à mission doit être déclarée au tribunal de commerce qui en fait la publication.

25 Plus précisément la loi PACTE introduit dans le Code de commerce à l'article L. 210-10 des dispositions autorisant les sociétés commerciales à « faire publiquement état de la qualité de société de mission ».

26 Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.

**[57]** Cette modification a été accompagnée d'un décret d'application publié le 2 janvier 2020. Le décret n° 2020-1 relatif aux sociétés à mission précise les règles de publicité applicables à l'adoption de la qualité de société à mission en son article 2 et finalise la référence à l'organisme tiers indépendant chargé de vérifier l'exécution de l'objectif de la société (l'article 3 du décret crée l'article R. 210-21 du *Code du commerce*). Cette qualité permet donc à la société de poursuivre de manière concomitante un but de lucre et un but éthique en adoptant une « raison d'être ».

**[58]** À ce jour, 628 sociétés françaises ont adopté la qualité de société à mission sans rencontrer de problématiques particulières[27]. Le système semble donc fonctionner. Il faut néanmoins noter l'existence de difficultés spécifiques telles que l'illustre l'affaire *Danone*, qui démontre la difficulté pour la société cotée d'adopter une mission éthique. La société cotée est en effet une forme de société ouverte ce qui l'expose à l'influence potentielle d'actionnaires activistes

**[59]** Ainsi dès juin 2020 *Danone*, avec l'approbation de plus de 99 % de ses actionnaires, opte pour l'adoption de la qualité de société à mission et devient la première entreprise du CAC 40 à sauter le pas[28]. C'est Emmanuel Faber, PDG de *Danone* depuis 2017 et fervent défenseur de la cause d'un capitalisme raisonné, qui lance l'initiative après avoir poussé l'entreprise à commencer le processus de certification *B-corp*[29]. La raison d'être qui est adoptée est la suivante : « apporter la santé par l'alimentation au plus grand nombre »[30]. Le but affiché de l'entreprise est d'inspirer des habitudes alimentaires et de consommation plus saines et plus durables à ses clients. L'idée derrière l'adoption de la qualité de société à mission est de venir concrétiser les valeurs affichées par sa devise : *Danone, One Planet. One Health*. L'entreprise est, en effet, depuis sa création, axée autour de l'idée d'apporter la santé par la nourriture :

> Danone's commitment to bringing health through food is as old as the company itself. In 1919, Isaac Carasso began making yogurt to help children with intestinal infections, using cultures from the Pasteur Institute. In the 1920s, he sold his first yogurts in Barcelona pharmacies before expanding into grocery stores. Even prior to this, in the late 1890's, Nutricia - which joined forces with Danone in 2007 - was pioneering discoveries that have transformed people's lives around the world[31].

**[60]** L'entreprise, cotée en bourse, envoie un signal clair aux investisseurs et annonce son intention de mener une activité commerciale en concurrence avec la poursuite d'objectifs éthiques.



27 La liste est accessible au lien suivant : <https://societeamission.com/liste-des-societes-a-mission/>.

28 Pour plus d'informations sur ce processus, consulter le site Danone, en ligne : <https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/danone-entreprise-a-mission.html>.

29 Voir le site B-Corporation : <https://bcorporation.net/directory/danone-canada> ; et Danone : <https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/BCorpAmbition.html>.

30 Voir en ligne : <https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/danone-entreprise-a-mission.html>.

31 Voir en ligne : <https://www.danone.com/fr/about-danone/ourhistory.html>.

**[61]** Pourtant dès septembre 2020, l'entreprise est prise pour cible par deux fonds d'investissement activistes (Chaperon et Girard, 2021). Un fonds d'investissement activiste est un actionnaire qui utilise son pouvoir actionnarial afin d'influencer la gouvernance de la société au moyen de techniques dites « d'activisme actionnarial ». Le phénomène d'activisme actionnarial, né dans les années 1900, est une conséquence directe de la vision de la société en tant que propriété des actionnaires. Ainsi, puisque les actionnaires sont propriétaires de la société, ils ont des droits sur celle-ci et peuvent influencer son orientation et celle de ses activités, parfois de manière agressive. L'activisme actionnarial, sous sa forme traditionnelle[32], est pratiqué par des fonds d'investissements et a pour but d'influencer la gouvernance sociétale afin d'augmenter le retour sur investissement des actionnaires. L'activisme actionnarial a, pour cette raison, souvent été accusé de pousser la société à maximiser son profit à court terme sans se préoccuper des conséquences de ce type de gouvernance sur le long terme. Dans cette étude de l'intérêt social, le phénomène de l'activisme actionnarial pose donc la question de l'impact des actionnaires sur la gouvernance sociétale. Plus précisément, on se demande si la modification de la loi française et l'adoption d'une qualité de société à mission permettent véritablement à la société d'adopter un mode de gouvernance qui ne soit pas uniquement tourné vers la création de profit et de se protéger de l'influence de ses actionnaires.

**[62]** Au niveau européen, l'activisme actionnarial et les droits des actionnaires en général sont régulés par la *Shareholder's Rights Directive* (Parlement européen et Conseil, 2007) et la *Second Shareholder's Rights Directive* (Parlement européen et Conseil, 2017), la directive concernant les marchés d'instruments financiers (Parlement européen et Conseil, 2014), ainsi que la *Transparency Directive* (Parlement européen et Conseil, 2004).



**[63]** Les stratégies des campagnes d'activisme actionnarial varient. Les actionnaires peuvent soumettre une proposition ou une motion engageant les dirigeants à prendre action sur un sujet donné (voir les différents articles du *Guardian* en ce sens : Makortoff, 2021; Makortoff, 2020). Cette motion est ensuite présentée à l'assemblée générale et les actionnaires votent afin de l'adopter ou de la rejeter. Les investisseurs peuvent autrement menacer de demander le remplacement ou de voter non au moment de la réélection des dirigeants, c'est l'exemple donné il y a quelques années par la *Brunel Pension Partnership* (Jolly, 2020). On recense aussi la rédaction de lettres et l'engagement de discussions privées avec les organes de direction, une technique appelée « *Dear Board Letters* », le but étant d'engager une discussion apaisée entre les actionnaires et les dirigeants et d'obtenir des changements dans la gouvernance (une illustration de cette technique est donnée par Steven Ballmer en 2008, lorsqu'il écrit une lettre au CA de *Yahoo!* pour les encourager à accepter une fusion avec *Microsoft* : Ballmer, 2008). Certains actionnaires cherchent à accumuler le plus d'actions possibles ou à réunir le soutien d'un maximum d'actionnaires pour renforcer la pression exercée sur les organes de direction (la technique utilisée par la plupart des fonds d'activisme éthique comme *Shareaction*). Des techniques plus médiatiques visent à organiser des campagnes d'opinion afin d'influencer les autres actionnaires dans leurs votes : elles



32 Il existe aussi une forme d'activisme actionnarial « vert » qui se développe actuellement et qui vise à influencer les activités de la société pour les rendre plus soutenables. Voir notamment les activités de l'entreprise Shareaction chez HSBC et Barclays.

sont nommées « vote-no » ou « vote-yes ». Le « Bumpitrage », une approche plus agressive, consiste à annoncer publiquement son désaccord avec les organes de direction et appeler à la vente ou à la dissolution de la société (Burgess, 2016)[33]. Finalement, certains investisseurs lancent des campagnes visant à vendre leurs actions à un prix inférieur à celui du marché pour faire chuter la valeur de la société (article 59 de la loi du 10 août 1915).

**[64]** Dans l'affaire *Danone*, c'est d'abord le britannique *Bluebell Capital*, puis l'américain *Artisan Partners* à la fin de l'année 2020, qui s'invitent au capital de l'entreprise. Détenant l'un 3 % et l'autre 5 % des actions, tous deux s'emploient à engager une négociation avec la direction au sujet des performances de *Danone* qu'ils jugent insuffisantes par rapport à ses compétiteurs Nestlé et *Unilever* (Abboud, 2021). C'est la stratégie du *Dear Board Letters* qui est adoptée. Le 19 novembre (Chaperon et Girard, 2020), dans une lettre adressée aux administrateurs de *Danone*, le fonds activiste *Bluebell Capital Partners*, contestait la gestion ainsi que la performance boursière du groupe. Considérée comme décevante, le fonds dénonce la gestion menée par Emmanuel Faber. Peu de temps après, *Artisan Partners* se joint à ces demandes, les fonds activistes réclament une modification de la gouvernance adoptée afin de relancer la croissance. Quatre jours après l'envoi de cette lettre (Chaperon et Girard, 2020), *Danone* annonçe un vaste plan de réorganisation du groupe, incluant une baisse des effectifs de deux mille postes dans le monde dont quatre cents en France et un allègement de la direction centrale au profit d'une organisation « par pays ». Mais ces modifications ne satisfont manifestement pas les actionnaires, puisqu'en février 2021(Chaperon et Girard, 2020), après des mois de négociations, il est finalement demandé à la direction de dissocier les fonctions de directeur général et de président occupées par Emmanuel Faber. Sont à nouveau citées en cause les performances boursières décevantes de l'entreprise, ainsi que des objectifs opérationnels non tenus. La saga aurait pu s'arrêter là mais *Danone* annonce finalement le 25 mars 2021 (Chaperon et Girard, 2020) l'éviction de son PDG avec effet immédiat. La nouvelle détonne, l'opinion se soulève en faveur d'Emmanuel Faber et nombreux sont ceux à crier à la fin de l'entreprise à mission, à l'impossibilité de faire concorder des objectifs financiers et des objectifs éthiques, du moins en ce qui concerne les grandes sociétés.

**[65]** On comprend dès lors que cette attaque activiste n'est pas anodine. Elle prend un relief particulier. Elle pose l'interrogation cardinale de la compatibilité de deux valeurs que l'entreprise se doit aujourd'hui de créer, économique et financière d'un côté, écologique et humaine de l'autre, ce que Danone appelle une « création de valeur durable » (Ruellan, 2021).

**[66]** L'affaire *Danone* illustre parfaitement en quoi il peut être difficile de combiner recherche de lucre et but éthique : « De fait, les proches de *Danone* décrivent une entreprise divisée entre, d'un côté, des opérationnels en souffrance, confrontés à des coupes sur les moyens alloués aux marques, à des réorganisations perpétuelles, et se sentant abandonnés par le siège, et de l'autre, des spécialistes du développement

33 Les fonds activistes achètent en général une part importante des actions de la société visée par une offre de rachat et menacent de faire échouer le deal si celui-ci n'est pas revu. Le plus souvent, ce type d'activisme vise à faire augmenter les prix de rachat des sociétés au moment de la transaction.

durable, à fond derrière M. Faber ». « Quand le PDG se rend dans un pays, il ne fait pas de “business review”, il va voir les agriculteurs. Mais un produit ne se vend pas uniquement parce qu’on le met dans un emballage recyclable », soupire un cadre. Ces deux camps se retrouvent au sein du conseil d’administration. De quoi expliquer la difficulté d’y former un consensus. Car, depuis la révision – surprise – de la prévision de croissance du chiffre d’affaires intervenue au troisième trimestre 2019, certains administrateurs ont commencé à s’inquiéter du recul de parts de marché subi par le groupe. La crise sanitaire, qui s’est généralisée en 2020, n’a fait qu’accentuer cette préoccupation face au décrochage du cours de bourse de *Danone* vis-à-vis de ses pairs (Chaperon et Girard, 2021). S’il n’est pas possible de résumer l’affaire à une simple histoire d’opposition entre un but de lucre et un but éthique, celle-ci met en lumière la difficulté qui existe, pour les grandes sociétés, de trouver un équilibre adéquat entre ces objectifs, ce qui n’a apparemment pas été possible sous la direction d’Emmanuel Faber.

**[67]** Il est encore trop tôt pour tirer des conclusions définitives. Pourtant, cette défaite ne sonne pas l’échec de la société à mission. En effet, deux ans après l’attaque activiste, si les résultats financiers ne sont pas concluants (mis à part un premier trimestre positif en 2022 les résultats financiers ont été négativement impactés par la crise COVID, la guerre en Ukraine et l’inflation)[34], les indicateurs éthiques sont positifs. La société n’a pas abandonné sa qualité de société à mission. Et elle ne s’est pas contentée de maintenir son statut, elle a aussi renforcé son engagement. Ainsi, son comité de mission a été formé et ses deux derniers rapports notent que les objectifs qui avaient été fixés en 2020 ont été remplis et même surpassés en 2021 et en 2022. À tel point que le comité de mission recommande à la société de revoir à la hausse certains de ses objectifs éthiques, notamment concernant la protection des plus vulnérables dans la chaîne de valeurs[35]. On note d’autre part que l’objectif, qui avait été fixé par Emmanuel Faber en 2015, de faire certifier 100 % des entités de son groupe par le label *B-corp* d’ici à 2025 n’a pas non plus été abandonné[36]. On constate ainsi que quatre nouvelles entités ont été labellisées dans les années qui ont suivi l’intervention. Les entreprises labellisées représentent à ce jour 70 % du volume des ventes de Danone et certaines entreprises ont même renforcé leur score B-corp[37]. Si cet indicateur n’est pas directement lié au statut de société à mission, il démontre néanmoins l’engagement continu de la direction de Danone en faveur de sa mission éthique.

**[68]** Que conclure au terme de cette analyse ? L’adoption d’une qualité de société à mission modifie-t-elle l’intérêt social de la société et la protège-t-elle de l’influence d’actionnaires activistes ? Cette étude de cas ne permet bien sûr pas d’énoncer de conclusion générale au sujet de la société à mission, il ne s’agit que d’un exemple. Il semble pourtant qu’en ce qui concerne *Danone*, l’adoption d’une qualité de société à

34 Les résultats financiers de *Danone* sont accessibles sur son site Internet : <https://www.danone.com/investor-relations/results-center.html>.

35 Les rapports du comité de mission de *Danone* sont disponibles à l’adresse suivante : <https://integrated-annual-report-2020.danone.com/wp-content/uploads/Rapport-comite-de-mission-FR.pdf>.

36 Toutes les informations au sujet de l’engagement *B-corp* de *Danone* se trouve sur son site : <https://www.danone.com/about-danone/sustainable-value-creation/BCorpAmbition.html#ENTITIES>.

37 Toutes les informations au sujet de l’engagement *B-corp* de *Danone* se trouve sur son site : <https://www.danone.com/about-danone/sustainable-value-creation/BCorpAmbition.html#ENTITIES>.

mission a permis à la société de se protéger et, face à une campagne agressive d'activisme actionnarial, de trouver un compromis entre les demandes d'actionnaires et sa mission, entre le profit et l'éthique.

## BIBLIOGRAPHIE


ABBOUD, L., « Activist fund Bluebell Capital takes aim at Danone », *Financial Times*, 18 janvier 2021.

ANDERSEN, P. K. et al, « Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars », 7 juin 2022, *Nordic & European Company Law Working Paper* nº 22-01, en ligne : <https://ssrn.com/abstract=4139249>.

BALLMER, S., « Dear Members of the Board », *Forbes*, 1er février 2008, en ligne : <dhttps://www.forbes.com/2008/02/01/microsoft-letter-yahoo-board-markets-cx_cl_0201letter.html?sh=4b7b80e245fb>.

BERLE, A. A. et G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property, Harcourt*, Brace and World, 1932.

BERREY, E., « Social Enterprise Law in Action : Organizational Characteristics of U.S. Benefit Corporations », (2018) 20:1 *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law* 21-114.

BURGESS, Kate, « Elliott Looks to Play 'Bumpitrage' over Poundland Deal », *Financial Times*, 7 août 2016.

CABRELLI, D., « A Distinct "Social Enterprise" Law in the UK : The Case of the "CIC" », 10 decembre 2016, *Edinburgh School of Law Research Paper* nº 2016/27, en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2888486>.

CHAPERON, I. et L. GIRARD, « Crise chez Danone : Emmanuel Faber, un PDG en sursis », *Le Monde.fr*, 19 février 2021, en ligne : <https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/ 02/19/crise-chez-danone-emmanuel-faber-en-sursis_6070535_3234.html>.

———, « Le PDG de Danone sous pression d'un fonds activiste », *Le Monde.fr*, 19 janvier 2021, en ligne : <https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/01/19/le-pdg-de-danone-sous-pression-d-un-fonds-activiste_6066779_3234.html>.

———, « Danone prévoit la suppression de 2 000 postes, dont près de 400 en France », *Le Monde.fr*, 23 novembre 2020), en ligne : <https://www.lemonde.fr/economie/ article/2020/11/23/pres-de-2-000-suppressions-d-emplois-chez-danone_6060768_3234.html>.

CONAC, P.-H., « Le nouvel article 1833 du Code civil français et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise : constat ou révolution ? » (2019)

*Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, en ligne : <https://orbilu.uni.lu/handle/10993/46063>.

CORBISIER, I., *La société, contrat ou institution ? droits étasunien, français, belge, néerlandais, allemand et luxembourgeois*, Bruxelles, Larcier, 2011.

DANONE, « B Corp », *World Food Company – Danone*, voir en ligne : <https://www.danone.com/about-danone/sustainable-value-creation/BCorpAmbition.html>.

———, « Danone B Corp - Danone », *Entreprise agroalimentaire mondiale – Danone*, voir en ligne : <https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/BCorpAmbition.html>.

———, « Danone's results center », *World Food Company – Danone*, en ligne : <https://www.danone.com/investor-relations/results-center.html>.

———, « Un héritage vivant », *Entreprise agroalimentaire mondiale – Danone*, en ligne : <https://www.danone.com/fr/about-danone/ourhistory.html>.

DIAMOND, S. F., « The Myth of Corporate Governance », 12 janvier 2020, en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3742395>.

EASTERBROOK, F. H. et D. R. Fischel, « The Corporate Contract » (1989) 89:7 *Columbia Law Review* 1416-1448.

EUROPEAN COMMISSION, *Directorate-General for Justice and Consumers, Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, Final report, 2020.

FREEMAN, R. E. et W. M. EVAN, « Corporate governance : A stakeholder interpretation » (1990) 19:4 *Journal of Behavioral Economics* 337-359.

FREEMAN, R. E., « The Politics of Stakeholder Theory: Some Future Directions » (1994) 4:4 *Business Ethics Quarterly* 409-421.

———, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Pitman, 1984.

FRIEDMAN, M., *Capitalism and Freedom*, Phoenix Books, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

GRAZIANI, R., *Società benefit et société à mission: une étude comparative. Tesi di Laurea in Diritto privato comparato*, 2020.

HAURIOU, M., *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933.

———, *La cité moderne et les transformations du droit*, Bloud & Gay, 1925.

JENSEN, M. C. et W. H. MECKLING, « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure » (1976) 3:4 *Journal of Financial Economics* 305-360.

JOLLY, J., « £30bn pension fund: we'll sack asset managers that ignore climate crisis », *The Guardian*, 27 janvier 2020), en ligne : <https://www.theguardian.com/business/2020/jan/27/30bn-pension-fund-well-sack-asset-managers-that-ignore-climate-crisis>.

LAMY, P., *Rapport du comité de mission*, 2021.

MAKORTOFF, K., « Influential Shareholder Adds to Pressure on Barclays over Fossil Fuel Loans », *The Guardian*, 12 février 2020, en ligne : <https://www.theguardian.com/business/2020/feb/12/barclays-pressure-fossil-fuel-loans-asset-manager-amundi>.

———, « Shareholders Push HSBC to Cut Exposure to Fossil Fuels », *The Guardian*, 10 janvier 2021, en ligne : <https://www.theguardian.com/environment/2021/jan/10/shareholders-push-hsbc-to-cut-exposure-to-fossil-fuels>.

PARLEMENT EUROPÉEN et CONSEIL, *Directive (UE) 2017/828 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires*, 17 mai 2017, J.O. L. 132, 20 mai 2017, p. 1-25.

PARLEMENT EUROPÉEN et CONSEIL, *Directive 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (refonte)*, 15 mai 2014, J.O. L. 173, 12 juin 2014, p. 349-496.

PARLEMENT EUROPÉEN et CONSEIL, *Directive 2007/36/CE concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées*, 11 juillet 2007, J.O. L. 184, 14 juillet 2007, p. 17-24.

PARLEMENT EUROPÉEN et CONSEIL, *Directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE*, 15 décembre 2004, J.O. L. 390, 31 décembre 2004, p. 38-57.

ROUSSEAU, S. et I. TCHOTOURIAN, « "L'intérêt social" en droit des sociétés : regards transatlantiques », (2009) *Revue des sociétés* 735-758.

RUELLAN, C., « Le défi activiste de Danone », *Forbes France*, 2 mars 2021, en ligne : <https://www.forbes.fr/business/le-defi-activiste-de-danone/>.

SJÅFJELL, B. et al., « Securing the Future of European Business : SMART Reform Proposals », *University of Oslo Faculty of Law Research*, nº 2020-11, *Nordic & European Company Law Working Paper*, nº 20-08, en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3595048>.

SOCIÉTÉ À MISSION.COM, « Liste des Sociétés à mission », en ligne : <https://societeamission.com/liste-des-societes-a-mission/>.

# L'ENTREPRISE À MISSION VA-T-ELLE SAUVER L'ENTREPRISE ?



Soro COULIBALY[38]



38 Étudiant au doctorat en droit des affaires (Université Laval), étudiant-chercheur au Centre d'étude en droit économique (CÉDÉ), Université Laval (Canada).

## RÉSUMÉ

L'entreprise, institution marquante du XXIe siècle, est en profonde mutation. La poursuite pathologique du profit combinée à une exacerbation des effets externes de ses activités sur la société amènent les juristes à s'interroger sur la responsabilité juridique et morale de l'entreprise. La doctrine de la responsabilité sociétale de l'entreprise a permis la remise en cause de la théorie de la primauté actionnariale par la théorie des parties prenantes. L'entreprise est ainsi invitée à se détourner du « tout profit » pour prendre en considération les préoccupations sociales et environnementales. Depuis les années 2000, les législateurs de différents pays ont consacré l'entreprise à mission, une nouvelle structure juridique censé concilier les intérêts économiques d'une part et les intérêts sociaux et environnementaux d'autre part. Pour certains, elle constitue donc une opportunité pour surmonter les difficultés d'encadrement des grandes entreprises. Pour d'autres, plus critiques, l'entreprise à mission détourne l'entreprise de sa mission.

## INTRODUCTION

**[69]** Depuis le début des années 2000, l'entreprise à mission (Christian et Touvard, 2021), un nouveau modèle d'entreprise lucrative, est apparue avec une dénomination variable : « entreprise à mission sociétale » (Tchotourian et Morteo, 2019), « entreprise sociale » (McMurtry and Brouard, 2015), « entreprise hybride »[39], « Benefict Corporation » (Rawhouser, Cummings and Crane 2015), « B Corp » ou encore « société à objet social étendu » (Segrestin et al., 2015).

**[70]** Selon les travaux d'Emmanuel Masset (Masset, 2018), l'entreprise à mission se définit comme une structure juridique de type commercial avec une finalité de nature sociale, qui au travers du contrat de société, conclut un engagement des associés, un choix collectif qui dépasse de simples obligations pesant sur les dirigeants de la personne morale. Au Québec, est appelée entreprise à mission, une société par actions qui « s'engage à exercer ses activités de façon responsable et durable et à promouvoir un ou plusieurs intérêts sociaux »[40]. L'entreprise à mission demeure tout de même un objet juridique assez curieux.

**[71]** Premièrement parce que la notion d'entreprise dans le champ juridique fait partie de ces notions couramment utilisées, mais sans reconnaissance juridique et définition stable. En effet, malgré l'ampleur du phénomène, les juristes ont été incapables de définir l'entreprise ou de maîtriser sa structure juridique (Pedamon et Kenfack, 2011). D'une part, le fait d'utiliser « entreprise », plutôt que « société » dans la dénomination « entreprise à mission » traduirait une volonté de reconnaître l'entreprise en tant qu'entité juridique réelle (Micheler, 2022; Biondi, Canziani and Kirat, 2007). D'autre part, le fait que certains auteurs préfèrent l'expression « société à mission » (Cohen, 2019) révèle une intention inavouée de mieux contrôler les agissements de ce type de véhicule juridique, car contrairement à l'« entreprise », la « société » est reconnue par le droit.

**[72]** Les termes de société et d'entreprise sont souvent pris pour synonymes (Goldiman cité par Robé, 1995, p. 122), alors qu'il est inconcevable d'assimiler ces deux concepts (Le Gall, 1998, p. 4) étant donné qu'il existe des entreprises exploitées par des personnes physiques, sans sociétés; c'est d'ailleurs le plus grand nombre. Seule la notion de société existe en droit. Cette dernière sert de support juridique à l'entreprise.

**[73]** Deuxièmement, le substantif « à mission » renvoie à l'idée que l'entreprise prendrait d'office en considération les préoccupations sociales et environnementales de la société. Dans ce cas, quelle serait alors la différence entre l'entreprise à mission et une autre entreprise à but lucratif qui respecterait la responsabilité sociétale (ci-après « RSE ») ? Comme pour bien souligner *sa* mission, par l'adjonction de « à mission » à « entreprise », l'entreprise à mission suggèrerait qu'il existerait des entreprises *sans* mission ou du moins des entreprises dont la mission serait diffuse, voire confuse (par exemple, la société par actions indique qu'il existe des sociétés sans actions).

39 Voir France, Assemblée nationale, Projet de loi n°179 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, adopté le 9 octobre 2018, art. 61 septies; France, Sénat, Projet de loi n° 255 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, enregistré le 17 janvier 2019.

40 Québec, Assemblée nationale, Projet de loi n° 797, *Loi modifiant la Loi sur les sociétés par actions afin d'y intégrer l'entreprise à mission*, présenté le 26 mai 2021, 42e lég., 2e sess., article 42.2.

**[74]** Troisièmement, de quelle « mission » s'agit-il ? Il faut nuancer entre la « mission statutaire » qui figure généralement dans les statuts et règlements de l'entreprise et la « mission ontologique » de l'entreprise (Dietz, 2006) qui va au-delà de la mission statutaire. Dans ce dernier cas de figure, mission et raison d'être tendent à se confondre (Autissier et al., 2020).

**[75]** À l'interface entre l'entreprise à but non lucratif et l'entreprise à but lucratif, l'entreprise à mission tente de concilier intérêt économique, d'une part, et intérêts sociaux et environnementaux, d'autre part. Elle représente en quelque sorte la traduction de la RSE en un véhicule juridique.

**[76]** À l'aune des nobles ambitions assignées à l'entreprise à mission, nous tenterons de répondre, dans cet article, à la question de savoir si elle constitue une réponse juridique appropriée face à la crise que connait l'entreprise (1). Une crise née du profit « excessif ». Cette question nous conduira enfin à enquêter sur la mission originelle de l'entreprise (2).

## 1. L'ENTREPRISE À MISSION : UNE TENTATIVE INACHEVÉE DE RÉPONSE À LA CRISE DE L'ENTREPRISE

**[77]** L'entreprise à mission comme solution à la crise de l'entreprise est davantage une réponse éthique (1.1), que technique (1.2).



### 1.1 UNE RÉPONSE ÉTHIQUE…

**[78]** La séparation entre l'Église et l'État en Occident a eu pour conséquence la « séparation entre droit et morale » (Cottereau, 2018). Ce « fort courant "séparatiste" n'a cessé depuis le XIXe siècle de dénoncer le danger que l'interpénétration des règles juridiques et des règles morales ferait courir à la rationalité et à la légitimation du droit » (Krynen, 2005, p. 7). L'individualisme, né de la primauté absolue des droits individuels fondamentaux sur les droits collectifs des peuples (Seymour, 2002) et corolaire de cette séparation a facilité l'« appropriation privée des moyens de production » (idée que l'on retrouve chez Karl Marx). Les détenteurs de ces moyens de production, de véritables entrepreneurs, sont à l'origine de l'entreprise (Le Gauyer et Lacan, 2022).

**[79]** Considérée comme l'instrument le plus marquant du capitalisme, l'entreprise n'a eu de cesse de grandir par la taille et par le pouvoir dont elle est dotée. Elle s'est contentée de faire du profit (légal) en négligeant l'éthique (moral) (du moins, l'éthique des affaires se résumait à faire du profit et à respecter la loi). Mais, face à des profits toujours plus grands et à des externalités négatives toujours plus dévastatrices, l'appréhension dichotomique et ambivalente du rôle de l'entreprise dans une ère de transparence l'a littéralement plongée dans une crise. En réalité, cette crise dite de l'« éthique » est une crise de la morale (Ballet et *al.*, 2008).

**[80]** Pour Milton Friedman en effet, l'« éthique *dans les* affaires » – ce qui est – consisterait pour les entreprises à faire du profit tout en respectant les règles : « The

social responsability of business is to inscrease its proftits »[41]. Contre cette thèse de la primauté actionnariale (Ireland, 1999), Edward Freeman (1984) propose la thèse des parties prenantes comme socle d'une nouvelle « éthique *des* affaires » – ce qui devrait être –. En substance, l'entreprise doit désormais prendre en compte les intérêts des parties prenantes que sont les investisseurs, les fournisseurs, les employés, l'État et la population (Freeman, Harisson et Wicks, 2010). Ces deux visions exercent une influence considérable sur l'entreprise.

**[81]** L'entreprise a subi – et continue de subir – une pression interne (Mercier, 2014) exercée par les actionnaires et une pression externe (Centre Européen du Civisme, 2003) exercée par les parties prenantes qui se traduit en termes d'élargissement de ses responsabilités (juridiques et morales) (Imbs, 2005). Henry Ford l'avait d'ailleurs prédit lorsqu'il affirmait que « l'entreprise doit faire des profits sinon elle mourra. Mais si l'on tente de faire fonctionner une entreprise uniquement sur le profit, alors elle mourra aussi car elle n'aura plus de raison d'être » (cette citation d'Henry Ford datant de 1920 est encore plus d'actualité aujourd'hui).

**[82]** L'entreprise à mission serait donc une tentative de réconciliation entre la vision Friedmanienne et la vision Freemanienne. Elle aurait alors pour « mission » de réconcilier le droit et la morale, la responsabilité juridique et la responsabilité morale, les préoccupations économiques et les préoccupations sociales et environnementales. C'est d'ailleurs pour cette raison que les professeurs Stéphane Rousseau et Ivan Tchotourian (Rousseau et Tchotourian, 2021) considèrent l'entreprise à mission comme une opportunité. Il semble néanmoins que cette opportunité soit plus idéologique que juridique.



## 1.2 … MAIS PAS TECHNIQUE

**[83]** La reconnaissance de l'entreprise à mission comme véhicule juridique alternatif permet en réalité de contourner les problèmes juridiques d'antan et non de les résoudre.

**[84]** Premièrement, l'entreprise à mission ne permet pas de répondre au problème de la propriété et du contrôle (Hansmann, 1996; Blair, 1995) identifié par Adolph Berle et Gardiner Means en 1933. En effet, au sein de l'entreprise à mission de grande taille, la séparation de la propriété et du contrôle entraînera toujours des coûts d'agence (Jensen and Mexkling, 1976) entre principal (actionnaire) et agent (dirigeant)[42].

**[89]** Deuxièmement, l'entreprise à mission ne résout pas la question de la responsabilité juridique objective de l'entreprise vis-à-vis de ses externalités négatives. En plus de sa « responsabilité limitée » (la majorité de la doctrine soutient l'idée que la responsabilité limitée permet aux entreprises de prendre plus de risques et par ricochet de connaître une croissance) octroyée aux sociétés par actions, dans le cadre d'un litige impliquant une entreprise à mission cotée en bourse, elle mettra en avant sa



41 « There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud » : citation originale extraite de son ouvrage *Capitalism and Freedom* paru en 1962, puis exposé à un public plus large dans un article du *New York Times Magazine* du 13 septembre 1970. Voir Friedman, 1962.

42 Pour Jean-Philippe Robé et d'autres, les actionnaires ne sont pas propriétaires de l'entreprise, ils ne sont propriétaire que de leurs actions. Voir en ce sens Robé, 1999, par. 3442.

responsabilité délictuelle plutôt que sa responsabilité contractuelle (Maitre, 2004). Le droit de la responsabilité délictuelle, semble-t-il, comporte certaines *règles de fond* distinctes, ainsi qu'une *structure procédurale et conceptuelle* également distincte (Stone, 2001).

**[90]** Du point de vue de l'analyse économique du droit, la fonction première des règles juridiques de la responsabilité délictuelle n'est pas d'assurer l'indemnisation de tout dommage, mais plutôt d'exercer une influence sur le *comportement futur* des victimes potentielles (Mackaay, 2021). L'analyse économique est une analyse *ex ante*, tandis que la perspective juridique est une analyse *ex post* (le droit de la compliance préfigure le passage de l'*ex post* vers l'*ex ante* (Amico, 2021). Le droit de la responsabilité délictuelle aurait pour objectif de faire valoir les droits moraux des individus injustement violés par les dommages d'autrui et d'obliger les auteurs de l'atteinte à leurs devoirs moraux de réparation des préjudices qu'ils causent à tort à leurs victimes. En ce sens, la responsabilité délictuelle renverrait à une « théorie morale des délits » (Mackaay, 2021). De ce point de vue, à l'instar de la société par actions, les coûts liés à la responsabilité délictuelle seront certainement marginaux, comparés aux coûts liés à la responsabilité contractuelle des entreprises à mission fautives.

**[91]** Troisièmement, l'entreprise à mission, tout comme la société par actions, est construite sur la fondation de la vision fictive et agrégative de l'entreprise, paradigme dominant actuellement du droit corporatif (Chassagnon, 2012; Micheler, 2022; Biondi, Canziani et Kirat, 2007). Or cette vision fictive et agrégative de l'entreprise fait du droit un instrument lacunaire aux mains des grandes entreprises. L'entreprise n'étant au demeurant ni objet ni sujet de droit[43].



**[92]** Cependant, nous pouvons prédire que l'entreprise à mission apportera certainement un travail supplémentaire aux juges. En raison, d'une part, de la sophistication actuelle du niveau d'organisation et de fonctionnement des entreprises à but lucratif constituées, soit en concentrations (Da Silveira, 2013), soit en groupes ou en réseaux de sociétés (Dine, 2000). D'autre part, la technique encore limitée de la détermination de la responsabilité entre société mère/filiales (Sahli, 2014) est encore trop lacunaire. En fait, l'entreprise à mission vient semer encore plus de troubles, par sa nature hybride, à l'interface entre le lucratif et le non lucratif. Il est donc aisé d'imaginer que ce type d'entreprise a des leviers supplémentaires – en plus de ceux existant pour les grandes entreprises – pour échapper à la condamnation du juge (Le Trouher, 2021).

**[93]** En outre, il faut craindre une inflation normative (Mackaay, 2018) concernant l'entreprise à mission, si ce véhicule juridique offre de meilleurs avantages que la société par actions dans sa configuration actuelle. L'entreprise à mission connait déjà plusieurs variantes[44] qui vont se développer certainement en se complexifiant. N'oublions pas que derrière une entreprise exploitée se trouvent un ou plusieurs



43 « La notion d'entreprise est une notion moderne qui a du mal à s'intégrer dans les catégories juridiques classiques. Elle n'est ni un sujet de droit, car elle n'a pas de personnalité juridique et doit emprunter celle de l'entrepreneur, ni un objet de droit, car certains de ses éléments développent des dimensions extrapatrimoniales. Sa définition juridique peut, néanmoins, être dégagée par une approche économique. C'est ainsi que l'entreprise apparaît comme étant un centre autonome de décision exerçant une activité économique » : Laïda, 2019.

44 Les trois formes statutaires de l'entreprise à mission les plus populaires aux États-Unis sont la *Benefit Corporation*, la *Social Purpose Corporation* (à l'origine de la *Flexible Purpose Corporation*), la *Public Benefit Corporation.* Dans le paysage juridique européen, il y a par exemple la *Società Benefit* en Italie et *Community Interest Companies* en Grande-Bretagne. En France, avec l'introduction de la loi PACTE en 2019, deux modèles d'entreprises à mission se distinguent : les entreprises à missions génériques et les entreprises à missions spécifiques.

entrepreneurs « rationnel(s) » qui cherchent à maximiser leurs coûts (Coase et Morisette, 2000). Cette inflation normative pourrait être également consubstantielle à la nature juridique hydrique de ce type d'entreprise susceptible de combiner à la fois la législation sur les entreprises à but non lucratif et la législation sur les entreprises à but lucratif.

**[94]** Enfin, au-delà des engagements sociaux et environnementaux inscrits dans leurs actes constitutifs et des rapports produits par les entreprises elles-mêmes, au niveau international comme au niveau national, les indicateurs de mesures ne sont pas suffisamment harmonisés et affinés (par exemple, le régime de la divulgation d'information financière et extra financière des entreprises est en plein essor avec différentes normes émanant de différents organismes (international, national, public, privé, hybride, etc.) laissant la porte ouverte aux entreprises à mission peu vertueuses. Il y a donc toute une jurisprudence à construire pour l'entreprise à mission afin de dégager les caractéristiques réelles de ce type de véhicule juridique, ses implications concrètes et les problèmes qu'elle pose et qui ont été insuffisamment pris en compte par le droit. Ces limites constatées posent en filigrane la lancinante question de la rentabilité et/ou de l'utilité de l'entreprise.

## 2. L'ENTREPRISE À MISSION : DE LA RENTABILITÉ À L'UTILITÉ DE L'ENTREPRISE

**[95]** Il est évident que l'entreprise à mission est conçue pour être rentable et ne saurait par conséquent occulter le profit (2.1). Elle suggère toutefois l'idée qu'elle est « fondamentalement » et « nécessairement » sociale et environnementale (2.2).



### 2.1 L'ENTREPRISE À MISSION EST CONÇUE POUR ÊTRE RENTABLE

**[96]** Selon Frédéric Fréry, « dire que le rôle premier d'une entreprise est de faire du profit n'est pas une affirmation connotée politiquement, idéologiquement ou philosophiquement : c'est une affirmation technique » (Fréry, 2021). Se pose alors avec acuité la question de la rentabilité de l'entreprise à mission. Anne Daubrée soutient que les entreprises à mission sont compatibles avec la rentabilité. Pour elle, en effet, « rechercher un impact social ou environnemental n'est pas incompatible avec la performance économique » (Daubrée, 2021). Si cette affirmation est vraie en théorie, en pratique elle peut être extrêmement difficile à mettre en œuvre, à cause notamment du capitalisme qui a érigé le profit financier en principe sacro-saint (Stiglitz, 2019).

**[97]** Dans le capitalisme en effet, la rentabilité d'une entreprise se mesure à l'aune du profit qu'elle réalise (Virassamy, 2008). Une analyse rigoureuse de la rentabilité de l'entreprise à mission consiste à considérer alors l'environnement global dans lequel elle évolue. Les entreprises à mission, celles de grandes tailles et cotées en bourse, pourront-elles se soustraire de ce paradigme qui fait de l'entreprise la plus performante celle qui fait le plus gros chiffre d'affaires ? Il ne faut pas être naïf ! D'une part, tout investisseur attend nécessairement « un retour sur investissement » lorsqu'il investit son argent. En dépit d'une prise de conscience progressive des investisseurs sur les questions sociales et environnementales, force est de constater que malheureusement,

aujourd'hui encore, le « retour sur investissement » continue de s'apprécier au regard du profit financier.

**[98]** D'autre part, même si les acteurs internes de l'entreprise à mission, tout comme les parties prenantes externes, sont de plus en plus sensibilisé à l'importance de la performance extra financière, il n'empêche que les dirigeants seront confrontés au paradoxe de la poursuite du profit (Eeckhout, 2021) qualifié par certains auteurs de pathologique (Bakan, 2005). Du moins, il faudra encore beaucoup de temps pour que le dirigeant d'une entreprise à but lucratif, fût-elle hybride comme c'est le cas de l'entreprise à mission, abandonne sa profonde nature d'*homo oeconomicus*. Au demeurant, le dirigeant est lui-même évalué en fonction de ses performances financières. Comment pourra-t-il alors se détourner des objectifs financiers, des objectifs quantifiables, chiffrages, bref des objectifs comptables assujettis du dictat des chiffres (Burlaud, 2022) ?

**[99]** Jacques Richard, dans son ouvrage intitulé *Révolution comptable*, revient sur l'origine du système capitaliste actuel et de son mode de calcul qu'il n'hésite pas à qualifier de « malfaisant ». Selon lui, « la plupart des problèmes auxquels est actuellement confrontée l'humanité ont pour origine des pratiques comptables innovantes, théorisées beaucoup plus tard (au XIXe siècle), qui naissent avec les débuts du capitalisme moderne vers la fin du Moyen Âge dans de grandes cités de l'Italie du Nord » (Richard, 2020, p. 13). Quant à Yves Renouard (Renouard, 1949), il montre à travers l'histoire comment la comptabilité a été mise strictement au service du profit par les hommes d'affaires.



**[100]** Du point de vue juridique, l'identification de la finalité de l'entreprise est utile afin d'apprécier sa rentabilité. Une distinction classique est faite, dans la réalisation du profit, entre les entreprises à but non lucratif comme les administrations publiques à vocation politique[45], et les entreprises pour lesquelles, à degré variable, le profit constitue une préoccupation importante. En effet, toutes les entreprises économiques possèdent, en raison de leur rôle d'intermédiaire sur le marché, des finalités relatives au profit. Quelle serait alors la finalité de l'entreprise à mission vis-à-vis du profit ?

**[101]** Tout d'abord, le profit peut s'avérer la finalité première, sa vocation essentielle, sa raison d'être. Dans ce cas, le profit satisfait l'impératif économique de rentabilité et exprime les motivations des détenteurs du pouvoir financier. Ensuite, le profit peut aussi représenter une finalité intermédiaire de l'entreprise, nécessaire à la réalisation d'autres finalités jugées plus essentielles. Dans ce cas, le profit constitue un moyen de satisfaire les impératifs économiques, en assurant la part d'autofinancement nécessaire à leur pérennité et à leur croissance. Enfin, la recherche du profit n'exclut pas que les entreprises aient des finalités secondaires (Antaki et Bouchard, 1994, p. 174). De ce qui précède, il semble que le profit représenterait pour l'entreprise à mission une finalité intermédiaire. C'est donc une démission de l'entreprise à mission qui la conduirait vers une poursuite pathologique du profit.



45 Le fait devenu courant pour des administrations publiques, comme les communautés urbaines ou les services de police, de faire supporter une partie de leur budget aux contribuables ne les transforme pas en organisations à but lucratif. Il en serait de même s'il était décidé d'instaurer un ticket modérateur pour les services de santé ou les services de justice, la finalité exclusive de ces entités étant d'assurer le fonctionnement de l'État.

**[102]** Les profits colossaux amassés chaque année par les grandes entreprises, et *a contrario* leurs faibles contributions au bien commun (Chomsky, 2013), ont remis en cause la mission et l'objectif de ces entreprises à but lucratif (The British Academy, 2018; Hsiel and *al*., 2018). Elles ont été invitées à avoir un impact plus positif sur la société.

**[103]** La doctrine de la RSE bénéficie désormais d'un large soutien. Les entreprises ne sont pas simplement invitées à rechercher le profit, mais à démontrer leur « citoyenneté corporative » en travaillant avec un éventail de parties prenantes pour promouvoir des objectifs sociaux et environnementaux, ainsi qu'économiques. Au nom de ces objectifs extra financiers, de nombreux auteurs proposent de repenser l'entreprise (Meyer, Leixnering et Veldman, 2022; De Woot, 2013; Delannoy et Rousseau, 2012), l'objectif étant de passer de la *rentabilité à l'utilité* dans un contexte de révolution comptable et financière (Lévy-Lang, 2019; Walter, 2010).

## 2.2 L'ENTREPRISE À MISSION EST UN RETOUR À L'UTILITÉ ONTOLOGIQUE DE L'ENTREPRISE

**[104]** Contre les arguments qui tendent à faire croire que la RSE est une *mission originale pour l'entreprise*, nous opposons l'argument contraire qui est de constater que la RSE est la *mission originelle de l'entreprise*.

**[105]** En soutien de notre thèse et pour souligner la vacuité de l'entreprise à mission, nous entendons la RSE dans le sens de Michel Capron et Françoise Quairel-Lanoizelée comme « la conciliation entre l'activité économique et les attentes de la société ». En effet, « si la notion de responsabilité sociale d'entreprise est relativement récente, la préoccupation à l'égard des conséquences des activités des entreprises et plus généralement des activités économiques est fort ancienne » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2016, p. 5).

**[106]** Depuis l'antiquité jusqu'au XVIe siècle, l'entreprise était identifiée en la personne de l'entrepreneur. Il n'est donc pas étonnant que l'ouvrage d'Howard Bowen (1953) – premier à avoir conceptualisé la RSE sous sa forme moderne – soit intitulé *Social Responsabilities of Businessman* comme pour bien mettre en exergue la responsabilité individuelle des hommes d'affaires lorsqu'ils conduisent leurs/les affaires. L'entreprise moderne n'a pas fait son apparition avant le XVIe siècle. Avant cette date, l'entreprise était essentiellement une entreprise marchande (Toenig et Waldman, 2005). La séparation entre l'entrepreneur et son entreprise fut un tournant décisif. L'entreprise moderne s'est ainsi progressivement transformée jusqu'à devenir capitaliste grâce à la révolution industrielle. L'histoire de l'entreprise de l'Antiquité à nos jours est riche d'enseignements (Drancourt, 2002).

**[107]** Depuis le code Hammourabi qui recommandait de protéger les esclaves jusqu'à la gestion des forêts par Colbert avec une vison à très long terme, en passant par le souci de l'équilibre agro-sylvo-pastoral dans les grands domaines monastiques du Moyen Âge, il faut rappeler cette exigence permanente de reproduire et de pérenniser les ressources sur lesquelles s'appuyaient les activités économiques, même si ces fondements ont profondément évolué au cours des siècles (Martinet et Reynaud, 2004).

**[108]** À travers une étude volumineuse et documentée, Bernadette Menu nous retrace l'histoire économique et sociale de l'Égypte antique dont le socle repose sur la *maât* (Bassong, 2014). Selon Menu, « la compréhension du régime pharaonique et l'explication de sa longévité exceptionnelle passent nécessairement par la description de ses origines et de son fonctionnement conditionné par la notion de maât. Les structures économiques et sociales en dérivent obligatoirement » (Menu, 2018, p. 39). Ainsi, « la notion de maât est donc conçue dès les origines comme la justification du pouvoir politico-religieux et de ses conséquences voulues bénéfiques pour l'ensemble de la société » (Menu, 2018, p. 300). La Grèce qui s'est largement inspirée de l'Égypte (Diop, 1981) n'est pas en reste de la préoccupation de conciliation entre l'activité économique et les attentes de la société.

**[109]** Avlonas Nikos (2004), expert grec dans le domaine de la RSE, révèle qu'en Grèce antique la notion d'héroïsme comprenait certains éléments de la responsabilité sociale. Bien qu'en Grèce antique ce mot se référait seulement aux guerriers, plus tard, ce titre fut attribué également aux individus et entités qui ont œuvré pour la communauté.

**[110]** Joel Kaminsky, dans son ouvrage *Corporate Responsabilty in the Hebrew Bible*, démontre que déjà dans l'ancienne Israël la notion de responsabilité sociale était très présente. En effet, « This story reflects upon important and often misunderstood dimension of Israelite religion. I call this dimension corporate responsibility, by which I mean the way in which the community as a whole is liable for the actions committed by its individual members. Corporate responsibility is an important concept because it is a fundamental theological principal in ancient Israel » (Kaminsky, 1995, p. 11).



**[111]** En Afrique impérial (Ba, 2020), la charte de Kurukan Fouga (Celtho, 2008), constitution de l'empire du Mali (Ba, 2021) est un exemple du génie africain en matière sociale et environnementale. Cette charte, devancière de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, insiste dans divers articles sur la prise en compte du social (par exemple, les articles 5, 9 et 14) et la préservation de l'environnement (par exemple, les articles 40, 41 et 42). Cette charte régissait la vie en société et donc imprégnait l'art de faire du commerce.

**[112]** Au regard de ce qui précède, la consécration de l'entreprise à mission semble donc être une « tautologie » et un aveu d'échec de la part des juristes qui n'arrivent pas à encadrer adéquatement les grandes entreprises en dépit des implications de ces entreprises dans diverses dérives (des crises financières à la corruption, de la violation des droits humains à la dégradation de l'environnement). Du fait de la globalisation, ces grandes entreprises sont devenues des entités de pouvoirs (Chassagnon, 2019), avec un lobbying efficace pour faire abandonner ou voter des lois en leur faveur, elles sont capables de faire ou de défaire des gouvernements (Lévêque, 2021) et elles en sont bien conscientes. L'entreprise à mission est donc une tentative de réconcilier l'entreprise avec sa mission sociale et environnementale originelle en lui permettant de continuer à faire du profit « utile ».

## CONCLUSION

**[110]** *On ne change pas les entreprises par décret* (le titre de cet ouvrage s'inspire de celui de Michel Crozier de 1979 : *On ne change pas la société par décret*, Paris, Grasset), dans cet ouvrage édifiant, François Dupuy rappelle que « dans le monde de l'entreprise, chacun sait ce qu'il faudrait faire, mais personne ne sait comment s'y prendre » (Dupuy, 2020). En effet, « le juriste formé à penser la responsabilité individuelle de celui dont la conduite s'écarte des normes ambiantes, peine en général à concevoir l'agir collectif, telle l'activité d'une entreprise » (Cornut St-Pierre, 2012, p. 121).

**[111]** Issue du champ des sciences de gestion, plus précisément de la branche de la stratégie (Denis, Martinet et Silem, 2016, voir « mission »), la notion de « mission » est extrêmement polysémique et protéiforme. En instituant un véhicule juridique intitulé « entreprise à mission », les juristes créent une confusion entre la « mission statutaire », chère aux spécialistes des sciences de gestion, et la « mission ontologique » qui devraient être la même pour toutes les entreprises : la conciliation entre l'activité économique et les attentes de la société.

**[112]** En réalité, l'entreprise à mission n'est que l'expression de la confrontation entre, d'une part, des juristes, artisans du droit, qui peinent désespérément à encadrer les comportements peu vertueux des grandes entreprises et, d'autre part, ces grandes entreprises pour qui le droit n'est maintenant qu'un instrument stratégique. Si l'entreprise à mission constitue une innovation majeure du droit corporatif et, de ce fait, une opportunité, il ne faut pas non plus exclure qu'elle puisse être le fruit d'un puissant lobbying de grandes entreprises hyperpuissantes, consacrant ainsi l'adage « diviser pour mieux régner ».

**[113]** En réalité, les juristes devraient intégrer le fait que l'entreprise n'est qu'une *structure* économique qui découle obligatoirement d'un *système* économique : le capitalisme. À cet égard, l'entreprise est nécessairement irriguée par les principes du capitalisme et pas l'inverse. Principes qui font du profit, l'objectif à atteindre. Pour changer véritablement l'entreprise, il convient donc de changer le capitalisme (Klein, 2015).

## BIBLIOGRAPHIE

ADAMIDIS, V. et P. VOURVACHIS, « Social Responsibility in Ancient Greece : The Role of the Individual and Socio-Political Structures [Abstract] », 2019, en ligne : <https://repository.lboro.ac.uk/articles/conference_contribution/Social_responsibility_in_ancient_Greece_the_role_of_the_individual_and_socio-political_structures_Abstract_/9925061/1>.

AMICO, T., « Compliance or the Passage from Ex Post to Ex Ante : A Compernican Revolution from the Criminal Lawyer ? », dans *Compliance Tools*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 165-172.

ANTAKI, N. et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*. Tome 1 - Entrepreneurs et sociétés de personnes, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994.

AUTISSIER, D., L. BRETONES, E. JACQUILLAT, T. SIBIEUDE et D. G. MARTIN, *Entreprises à mission et raison d'être*, Paris, Dunod, 2020.

BA, A., *Empire du Mali*, 1ère édition, Éditions AB Alkebulan, 2021.

BA, A. et P. A. B. NDIAYE, *L'Afrique des Grands Empires (7e-17e siècles) : 1000 ans de prospérité économique, d'unité politique, de cohésion sociale et de rayonnement culturel*, Éditions AB, 2020.

BAKAN, J., *The Corporation : The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, Free Press, 2005.

BALLET, J., F. DE BRY, A. CARIMENTRAND et P. JOLIVET, *L'entreprise et l'éthique*, coll. Économie humaine, Paris, Seuil, 2011.

BASSONG, M., *Maat la théorie du tout Essai sur la vérité générale de l'univers*, Menaibuc Édition, Paris, Menaibuc, 2014.

BERLE, A. A. et G. C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, coll. Legal Classics Library, New York, Macmillan, 1933.

BIONDI, Y., A. CANZIANI et T. KIRAT, *The Firm as an Entity : Implications for Economics, Accounting and the Law*, New York, Routledge, 2007.

BOWEN, H. R., *Social Responsibilities of the Businessman*, Harper & Brothers, 1953.



BURLAUD, A., *Comptabilités, l'empire des nombres*, coll. Les grands auteurs francophones, Caen, Éditions EMS, management & société, 2022.

CAPRON, M. et F. QUAIREL-LANOIZELÉE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, 3e éd., Paris, La Découverte, 2016.

CENTRE FOR LINGUISTIC AND HISTORICAL STUDIES BY ORAL TRADITION (CELTHO) (dir.), *La Charte de Kurukan Fuga : aux sources d'une pensée politique en Afrique*, Paris et Conakry, L'Harmattan et Société africaine d'édition et de communication, 2008.

CHASSAGNON, V., *La théorie de la firme comme entité fondée sur le pouvoir (TFEP)*, Paris, Garnier, 2019.

CHASSAGNON, V., « Analyse historique de la nature juridique de la firme : Du nœud de contrats à l'entité (collective) réelle », (2012) 12-2 *Revue de la régulation*, en ligne : <http://journals.openedition.org/regulation/9832>.

CHOMSKY, N., D. BARSAMIAN et N. CALVÉ, *Le bien commun : entretiens avec David Barsamian,* Montréal (Québec) [Escalquens], les Éd. Écosociété [DG diff.], 2013.

CHRISTIAN, D. et F. TOUVARD, *L'entreprise à mission - Concept novateur ou effet de mode ?*, Bruxelles (Belgique), Mardaga, 2021.

CENTRE EUROPÉEN DU CIVISME, *L'entreprise surveillée : l'éthique, la responsabilité sociale, le marché, la concurrence, les nouveaux acteurs*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

COASE, R. et Y.-M. MORISSETTE, *Le coût du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

COHEN, E., *Société à mission : Enjeux et bonnes pratiques*, Paris, Hermann, 2019.

CORNUT SAINT-PIERRE. P., « Ambiguïté, stratégie, pouvoir : regards critiques sur la responsabilité sociale des entreprises », dans *Le Souffle de la Jeunesse*, Montréal, Écosociété, 2012, p. 121-197.

COTTEREAU, M., *La séparation entre droit et morale : analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, Thèse de doctorat, Toulouse 1, 2018.

DAUBRÉE, A., « Les entreprises à mission, compatibles avec la rentabilité », 2021, en ligne : <https://www.gazetteoise.fr/article/les-entreprises-a-mission-compatibles-avec-la-rentabilite>.

DELANNOY, É. et D. ROUSSEAU, *Plaidoyer pour une autre entreprise*, Paris, Éd. Scrineo, 2012.

DENIS, J.-P., A.-C. MARTINET et A. SILEM, *Lexique de gestion et de management*, 9e éd. enrichie, coll. Lexiques et dico, Paris, Dunod, 2016.

DIETZ, J., *Enterprise Ontology—Theory and Methodology*, Berlin, Springer-Verlag, 2006.

DINE, J., *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

DIOP, C. A., *Civilisation ou barbarie : anthropologie sans complaisance*, Paris, Présence africaine, 1981.

DRANCOURT, M., *Leçon d'histoire sur l'entreprise de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

DUPUY, F., *On ne change pas les entreprises par décret : pour une théorie de l'action*, coll. Lost in management, n°3, Paris, Éditions du Seuil, 2020.

EECKHOUT, J., *The Profit Paradox : How Thriving Firms Threaten the Future of Work*, 1st ed., Princeton, Princeton University Press, 2021.

FREEMAN, R. E., *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, coll. Pitman series in business and public policy, Boston, Pitman, 1984.

FREEMAN, R. E., J. S. HARRISON, A. C. WICKS, B. L. PARMAR et S. DE COLLE, *Stakeholder Theory : The State of the Art*, New York, Cambridge University Press, 2010.

FRIEDMAN, M., *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

HANSMANN, H., *The Ownership of Enterprise*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, 2000.

HSIEH, N., M. MEYER, D. RODIN et J. KLOOSTER, « The Social Purpose of Corporations », (2018) 6 *Journal of the British Academy* 49-73.

IMBS, P., *L'entreprise exposée à des responsabilités élargies*, Paris, EMS, 2005.

IRELAND, P., « Company Law and the Myth of Shareholder Ownership », (1999) 62-1 *The Modern Law Review* 32-57.

JENSEN, M. C. et W. H. MECKLING, « Theory of the firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », (1976) 3-4 *Journal of Financial Economics* 305-360.

KAMINSKY, J. S., A. MEIN et C. V. CAMP, *Corporate Responsibility in the Hebrew Bible*, 1st ed., Sheffield, Sheffield Academic Press, 1995.

KLEIN, N., *Tout peut changer : capitalisme et changement climatique*, coll. Questions de société, Arles] [Montréal, Actes Sud Lux, 2015.

KRYNEN, J., « Avant-propos », dans *Le Droit saisi par morale*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005.

LAÏDI, A., *Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les États-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Essai, coll. Babel, n°1717, Arles, Actes Sud, 2020.

LE GALL, J.-P., *Droit commercial (Memento)*, 14e éd., Paris, Dalloz, 1998.

LE GAUYER, T. et A. LACAN, « Une brève histoire de l'entrepreneur et de l'entreprise », (2022) 213-1 *Vie & Science de l'Entreprise* 55-68.

LE TROUHER, V., *Droit pénal des affaires et groupes de sociétés : une souplesse propice aux infractions et à l'impunité ?*, Paris, L'Harmattan, 2021.

LÉVÊQUE, F., *Les entreprises hyperpuissantes : géants et titans, la fin du modèle global ?*, Paris, Odile Jacob, 2021.

LÉVY-LANG, A., *La révolution de la finance*, acte II, Paris, Odile Jacob, 2019.

MACKAAY, E., S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et A. PARENT, *Analyse économique du droit*, 3e éd., coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2021.

MACKAAY, E., « L'inflation normative », (2018) 23 *Lex Electronica* 35.

MAITRE, G., *Analyse économique et responsabilité civile*, Thèse de doctorat, Paris 1, 2004.

MARTINET, A.-C. et E. REYNAUD, « Entreprise durable, finance et stratégie », (2004) 152-5 *Revue française de gestion* 121-136.

MASSET, E., « Vers la société à mission? », (2018) *Revue des sociétés* 635-639.

MCMURTRY, J.-J. et F. BROUARD, « Social Enterprises in Canada : An Introduction », (2015) 6 *Canadian Journal of Nonprofit and Social Economy Research*.

MENU, B., *Histoire économique et sociale de l'ancienne Égypte : de Nârmer à Alexandre le Grand*, Paris, CNRS éditions, 2018.

MERCIER, S., *L'éthique dans les entreprises*, 3e éd, coll. Repères, n° 263, Paris, la Découverte, 2014.

MEYER, R. E., S. LEIXNERING et J. VELDMAN (dir.), *The Corporation : Rethinking the Iconic Form of Business Organization*, United Kingdom, Emerald Publishing Limited, 2022.

MICHELER, E., *Company Law : A Real Entity Theory*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2022.

OUASSINI SAHLI, M., *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales,* Thèse de doctorat en droit, Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014.

PÉDAMON, M. et H. KENFACK, *Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, 3e éd, coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2011.

RAWHOUSER, H., M. CUMMINGS et A. CRANE, « Benefit Corporation Legislation and the Emergence of Social Hybrid Category », (2015) 57-3 *California Management Review* 3-35.

RENOUARD, Y., *Les Hommes d'affaires italiens du Moyen Âge*, Paris, Armand Colin, 1949.

RICHARD, J. et A. RAMBAUD, *Révolution comptable : pour une entreprise écologique et sociale*, Ivry-sur-Seine, Atelier, 2020.

ROBÉ, J.-P., *L'entreprise et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

ROUSSEAU, S. et I. TCHOTOURIAN, « L'entreprise à mission : une réelle opportunité », *Les affaires.com*, 3 juin 2021, en ligne : <https://www.lesaffaires.com/blogues/le-courrier-des-lecteurs/l-entreprise-a-mission-une-reelle-opportunite/625376>.

SEGRESTIN, B., K. LEVILLAIN, S. VERNAC et A. HATCHUEL, *La « Société à objet social étendu » : un nouveau statut pour l'entreprise*, coll. Économie et gestion, Paris, Presses des Mines, 2016.

SEYMOUR, M., « Rawls et le droit des peuples », (1999) 26-1 *Philoso* 109-137.

SHARPE, M. E., « Ownership and Control : Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century », (1996) 39-1 *Challenge* 62-64.

SILVEIRA, P. B. D., *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2013.

STIGLITZ, J. E. et P. CHEMLA, *Peuple, pouvoir et profits : le capitalisme à l'heure de l'exaspération sociale*, Paris, LLL, les Liens qui libèrent, 2019.

STONE, M., « The Significance of Doing and Suffering », dans *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 131-182.

TCHOTOURIAN, I. et M. MORTEO, *L'entreprise à mission sociétale : analyse critique et comparative du modèle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019.

THE BRITISH ACADEMY, *Reforming Business for the 21st Century. A Framework for the Future of Corporation*, London, United Kingdom, 2018.

THOENIG, J.-C. et C. WALDMAN, *De l'entreprise marchande à l'entreprise marquante*, Paris, Éditions d'organisation, 2005.

VIRASSAMY, G., *L'entreprise face à l'éthique du profit*, coll. Travaux du CERJDA, vol. 7, Paris, L'Harmattan, 2008.

WALTER, C. (dir.), *Nouvelles normes financières : s'organiser face à la crise*, Paris, Springer-Verlag, 2010.

WOOT, P. de, *Repenser l'entreprise*, 0 édition, Académie royale de Belgique, 2013.

# ACTUALITÉ DU CONSEIL D'ADMINISTRATION EN FRANCE : PRÉSERVER LES FONCTIONS DE GESTION DU CONSEIL SANS LES LUI RÉSERVER

Théo VUARNET[46]



46 Doctorant contractuel à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne (France).

## RÉSUMÉ

Une vingtaine d'années après avoir été placé au cœur de la gestion des enjeux stratégiques par la loi NRE en 2001, le conseil d'administration est aujourd'hui l'épicentre de l'appréhension des « enjeux sociétaux » dans la société anonyme. En 2022, l'actualité du conseil est jalonnée par des problèmes liés à la délimitation des contours de ce nouveau statut. Au plan législatif, en vertu de la loi visant à démocratiser le sport en France du 4 mars 2022, le conseil d'administration ne prend plus seulement en considération les enjeux sociaux et environnementaux il détermine la stratégie « en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de l'activité de la société ». Au plan de l'évolution des pratiques, la cadence des assemblées générales des sociétés cotées fut bouleversée par des dépôts de résolutions climatiques par des actionnaires activistes. Un exemple en particulier a soulevé d'importantes questions de répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et l'assemblée générale de la société anonyme.

## INTRODUCTION

**[114] Le partage des fonctions de gestion.** Dans les sociétés anonymes de droit français, le conseil d'administration partage ses fonctions de gestion avec un directeur général. Le directeur général dispose des pouvoirs de gestion les plus étendus (article L. 225- 56 C. com.) et le conseil détermine les orientations de l'activité de la société (article L. 225-35 C. com). Cette distribution signifie qu'en dehors des questions purement opérationnelles, lorsqu'une décision est stratégique – c'est-à-dire qu'elle remet en cause le projet de l'entreprise ou son positionnement, le directeur général ne peut décider sans délibération du conseil d'administration. Le conseil est ainsi identifié par la loi comme un organe de réflexion, de délibération et de discussion sur l'avenir et le projet de l'entreprise. C'est là une particularité du droit français des sociétés ; dans les pays de *common law*, aucun texte ne définit les fonctions de gestion du conseil d'administration avec ce degré de précision (Keay, 2020, par. 2.2).

**[115] L'appréhension centralisée des enjeux sociétaux.** L'identification d'un degré de réflexion où la discussion relative à la stratégie de l'entreprise se tient est fondamentale. L'article L. 225-35 du Code de commerce n'instaure pas seulement une distribution des fonctions entre le conseil et le directeur général mais désigne l'instance où sont supposément effectués les arbitrages fondamentaux pour la poursuite de l'activité de l'entreprise. Le conseil s'est installé dans la société comme l'épicentre politique de l'appréhension des « enjeux sociétaux », devenant à la fois le support des mesures de responsabilisation de l'entreprise (Parachkevova-Racine, 2019)[47] et le point vers lequel convergent les influences exercées dans la réalité quotidienne des sociétés par les autres organes ou leurs membres.

**[116] L'actualité des conseils d'administration.** Ces deux phénomènes marquent l'actualité des conseils d'administration en 2022. Il apparait d'une part que les administrateurs sont au cœur des réflexions européennes menées sur la responsabilisation des entreprises en matière sociale et environnementale[48]. Dans ce contexte, une réforme de l'article L. 225-35 du Code de commerce intervenue en mars 2022 illustre, peut-être de façon caricaturale, les risques que les mesures de responsabilisation des administrateurs portent en elles. L'enjeu est de responsabiliser les administrateurs en matière sociale ou environnementale tout en préservant le temps consacré par le conseil à la gestion de l'entreprise. D'autre part, l'essor du phénomène *Say on climate* par lequel les actionnaires votent en assemblée générale sur la stratégie climatique de la société a récemment ravivé d'anciens débats relatifs à la distribution des pouvoirs dans la société anonyme. La question de savoir si l'assemblée générale peut s'immiscer dans la détermination par le conseil de la stratégie climatique de la

47 Selon l'auteur, le conseil est un « modèle normatif d'entrainement en matière d'engagements citoyens de l'entreprise ». Voir aussi Commission européenne, 2011, p. 5 : « Les conseils d'administration ont un rôle essentiel à jouer dans la responsabilisation des entreprises ».

48 Notamment, voir : Proposition de directive, 2022, article 26. Voir aussi : Directive 2022 et Règlement, 2014 dite directive CSRD. Enfin, voir les travaux relatifs à la « Gouvernance d'entreprise durable » lancés par la Commission européenne le 30 juillet 2020, faisant suite au rapport commandé à EY, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance*. L'analyse d'impact, *Ref. Ares (2020)4034032*, pose clairement l'objectif d'intégrer la responsabilité sociale et environnementale à la stratégie de l'entreprise via le conseil d'administration : « The initiative aims to ensure that sustainability is further embedded into the corporate governance framework with a view to align better the long-term interests of management, shareholders, stakeholders and society. It aims at improving the framework to incentivise corporate boards to integrate properly stakeholder interests, sustainability risks, dependencies, opportunities and adverse impacts into strategies, decisions and oversight ».

société n'est pas tranchée en droit français et suscite de riches débats. Pour être à la hauteur des enjeux sociétaux du XXIe siècle, le droit de l'entreprise doit préserver les fonctions de gestion du conseil d'administration (1.) sans pour autant les lui réserver (2.).

## 1. PRÉSERVER LES FONCTIONS DE GESTION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

### 1.1. LES ASPECTS SOCIÉTAUX DE LA LOI PACTE

**[117]** La « réforme de l'entreprise » opérée par la loi PACTE de 2019 s'appuie sur la définition légale des fonctions de gestion du conseil d'administration. Dans la société anonyme, l'obligation créée par la loi PACTE de gérer toute société en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux (article 1833 du Code civil) est en effet adossée à la fonction du conseil de déterminer les orientations de l'activité de la société (article L. 225-35 C. com.)[49]. Ces enjeux sont pris en considération au stade de la détermination de la stratégie par le conseil et aucun autre organe n'est tenu de les prendre en considération. L'effectivité du conseil dans la détermination de la stratégie conditionne donc la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux. Le conseil ne peut remplir sa fonction de prendre en considération certains enjeux dans la détermination de la stratégie s'il n'a pas les moyens de déterminer la stratégie. Depuis 2019, les conseils ont modifié leur organisation pour prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux (Les Echos, 2021) : la pratique des comités RSE s'est généralisée (Rapport Rocher, 2021); les administrateurs se sont préparés collectivement à identifier, cartographier et hiérarchiser les enjeux (HCJP, 2020).

### 1.2. LA PRISE EN CONSIDÉRATION DES ENJEUX CULTURELS ET SPORTIFS

**[118]** Le 2 mars 2022, la loi visant à démocratiser le sport en France[50] a modifié à nouveau l'article L. 225-35 du Code de commerce. En vertu de cette loi, le conseil d'administration ne prend plus seulement en considération les enjeux sociaux et environnementaux ; il détermine la stratégie « en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de l'activité de la société ». En première analyse, l'importance de la disposition réformée contraste avec le manque d'anticipation apparent de la réforme. La question posée par le thème de ce colloque, « le droit de l'entreprise est-il à la hauteur […] ? », se pose alors avec une singulière acuité. Les travaux parlementaires, anormalement succincts pour une loi réécrivant les travaux du conseil d'administration, justifient cette réforme par la nécessité de « permettre » aux entreprises de prendre en compte les enjeux culturels et sportifs dans leur « raison d'être » pour « favoriser les investissements dans le sport »[51]. Au-delà de la confusion dans l'emploi de la notion de « raison d'être », qui est une mention statutaire en dehors

49 Dans la société anonyme à directoire, où un seul organe est titulaire des pouvoirs de gestion, la loi a même créé une étape de décision relative à la stratégie. L'article L. 225-64 du Code de commerce distingue désormais entre « les pouvoirs de gestion les plus étendus », que le directoire conserve et « les orientations de l'activité de la société », que le directoire détermine : « en prenant en considération les enjeux […] ».

50 Loi n° 2022-296 du 2 mars 2022 visant à démocratiser le sport en France : (2022) 4 *Bulletin Joly Sociétés* 4, note B. Dondero; (2022) 13 *JCP* éd. E. 2022 actualités 286, note A. Couret.

51 Voir notamment les amendements n° 43 et 117 déposés au Sénat le 14 janvier 2022.

du champ de compétence du conseil d'administration, la philosophie de cet amendement est très préoccupante. Cette motivation laisse à penser que les enjeux qui ne seraient pas expressément listés à l'article L. 225-35 du Code de commerce ne pourraient pas être pris en considération par le conseil d'administration. Il n'y a évidemment pas besoin de loi pour savoir que le conseil d'administration est libre, tant que sa gestion n'est pas contraire à l'intérêt social, de déterminer les finalités assignées à l'activité de l'entreprise.

### 1.3. LES RISQUES QUE COMPORTENT LA RÉFORME

**[119]** Sans nier l'importance des enjeux culturels et sportifs, il faut aussi se demander s'ils sont les seuls à mériter une telle marque d'égard du législateur. C'est là un effet redoutable de cette réforme. D'autres enjeux ne mériteraient-ils pas d'être pris en compte au même titre que les enjeux culturels et sportifs ? Le législateur ne prend-il pas le risque d'avoir à modifier l'article L. 225-35 à chaque fois qu'un nouvel enjeu émergera ? L'ajout de ces enjeux ouvre effectivement la voie à ce que Malinvaud appelait des « lois émotionnelles » (Malinvaud, 2012), ces lois répondant de manière pérenne et sans étude d'impact à un problème passager imposé par le calendrier médiatique. A ce titre, il faut souligner le fait que la modification n'intervienne pas dans le cadre d'une réforme de droit des sociétés mais bien à l'occasion d'une loi intitulée « Loi visant à démocratiser le sport en France », laquelle prévoit par ailleurs des mesures favorisant la pratique du sport à l'école et dans les villes en prévision des Jeux Olympiques de 2024. Selon les travaux parlementaires, les enjeux culturels ont été ajoutés aux enjeux sportifs « par souci de cohérence et d'exhaustivité », ceux-ci participant « d'une même logique » (JO Sénat, 18 janvier 2022, p. 576, intervention du Sénateur Rambaud).



### 1.4. LA MULTIPLICATION DES OBLIGATIONS FORMELLES IMPOSÉES À UN ORGANE COLLÉGIAL

**[120]** La multiplication des obligations légales risque enfin et surtout de détourner les administrateurs des affaires plus importantes. Plusieurs travaux en science de gestion, et notamment ceux du Professeur Lorsch de Harvard, s'intéressent à l'organisation du travail des administrateurs (Lorsch, 2012). Pour le Professeur Lorsch, la multiplication des obligations formelles imposées au conseil d'administration, du type de celle de prendre en considération les enjeux culturels et sportifs, se répercute sur le temps consacré aux discussions plus substantielles. Le conseil ne pouvant se muer en organe permanent ni recruter un nombre infini de profils spécialisés, la multiplication des enjeux à considérer agit sur le mode de délibération du conseil et le travail fourni par les administrateurs. Plus ces obligations se multiplient, plus le sens des décisions collégiales qui s'y rapportent est prévisible et moins les discussions des administrateurs ont des chances de faire émerger une analyse différente de celle soumise par le directeur général ou ses équipes. Les anglosaxons appellent ce type de délibération le « box-ticking », littéralement « cocher la case » (voir aussi : Bainbridge et Henderson, 2018, p. 80. Le chapitre est intitulé « Why boards fail »), lorsque les administrateurs se content de vérifier l'existence de justifications au soutien de la décision et n'ont pas le temps ni les moyens d'interroger l'opportunité ou l'intérêt des décisions à prendre. La multiplication des enjeux à considérer dans la gestion contribue ainsi paradoxalement à cantonner le conseil dans une posture de surveillance; le conseil ne peut pas

déterminer la stratégie si les administrateurs ne discutent pas de l'opportunité des décisions de gestion.

### 1.5. L'EFFECTIVITÉ DU CONSEIL GARANTE DE L'EFFICACITÉ DES MESURES DE RESPONSABILISATION DE L'ENTREPRISE

**[121]** Imposer au conseil d'inscrire le projet de l'entreprise dans une activité conforme à un nombre toujours croissant d'enjeux sociétaux peut à terme nuire à l'effectivité du conseil dans ses fonctions de gestion. La multiplication des enjeux participerait autant à déresponsabiliser le conseil dans ses fonctions stratégiques qu'à responsabiliser l'entreprise. La tension existante entre les obligations formelles dont il est question et le risque d'ineffectivité du conseil gagnerait à être davantage connue. Au plan de la responsabilisation des entreprises, le fait que le conseil soit actif dans la détermination de la stratégie est un levier efficace pour imposer une conduite des affaires plus responsable, encore faut-il toutefois l'actionner avec une certaine précaution. Le législateur gagnerait parfois à épargner davantage le conseil afin de préserver ses fonctions de gestion et son positionnement utile. Pour autant, préserver les fonctions stratégiques du conseil n'implique pas nécessairement de les lui réserver.

## 2. LA TENTATION DE RÉSERVER LA FONCTION DE DÉTERMINER LA STRATÉGIE AU CONSEIL D'ADMINISTRATION

### 2.1. LE DÉVELOPPEMENT DU *SAY ON CLIMATE*

**[122]** Depuis quelques années, les actionnaires des sociétés de capitaux du monde entier manifestent leur volonté de voter en assemblée générale sur la stratégie climatique de la société dans laquelle ils investissent (Schlumberger, 2020). Ce phénomène est désormais communément appelé le *Say on climate*. Une question se pose lorsque le conseil d'administration ne soutient pas la résolution climatique qu'un actionnaire souhaite inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée (Schlumberger, 2020). En France, la question est apparue en 2020 à l'occasion des assemblées générales des sociétés *TotalEnergies* (TotalEnergies, 2020) et *Vinci*[52].

### 2.2. LE CAS DE *TOTALENERGIES*

**[123]** Le cas de *TotalEnergies* est particulièrement intéressant car la position du conseil d'administration a évolué entre 2020 et 2022. En 2020, le conseil d'administration de *TotalEnergies* avait considéré que la résolution proposée - qui avait pour effet d'imposer un alignement de la stratégie de la société avec les objectifs de l'accord de paris sur le climat - portait atteinte à ses prérogatives, et était une immixtion de l'assemblée générale dans la sphère de compétence du conseil d'administration. Le conseil d'administration ne s'estimait alors pas en mesure d'empêcher l'inscription de la résolution à l'ordre du jour, car celle-ci respectait les formes requises. Aujourd'hui, la question a resurgi à l'occasion de l'assemblée générale du 25 mai. Plusieurs groupes d'actionnaires ont déposé différents projets de résolutions climatiques avant l'assemblée générale. Pour la première fois, le conseil d'administration a refusé d'inscrire l'une d'elle à l'ordre du jour. Selon le conseil, « sous couvert d'une

52 Voir la lettre adressée par *TCI Fund Management Limited à Vinci* le 12 mars 2020 et publiée sur le site internet de *Vinci* : TCI Fund Management Limited, 2020. Le conseil d'administration de *Vinci* avait alors considéré que « cette demande ne relevait pas de la compétence de l'assemblée générale » et avait « décidé de ne pas y donner suite » Vinci, « Réponses aux questions écrites posées par les actionnaires », 18 juin 2020 : Vinci, 2020.

transparence de l'information à fournir dans le rapport de gestion, la proposition de résolution reviendrait en réalité à encadrer la stratégie "pour aligner ses activités avec les objectifs de l'Accord de Paris" et "pour (i) fixer des objectifs de réduction […]" » (TotalEnergies, 2022). Le conseil d'administration justifie son refus par des « raisons » qu'il qualifie lui-même de « juridiques »; pour le conseil, la proposition « contrevient aux règles légales de répartition des compétences entre organes » (TotalEnergies, 2022).

### 2.3. L'INTERPRÉTATION EXTENSIVE DE L'ARRÊT *MOTTE*

**[124]** Pour refuser d'inscrire à l'ordre du jour de son assemblée générale une résolution par laquelle l'assemblée se prononcerait sur la stratégie climatique, le conseil d'administration invoque ici un principe de répartition stricte des compétences entre les organes de la société anonyme. Cette interprétation extensive de l'arrêt *Motte* (Cass. civ., 4 juin 1946 : (1947) S. I, 153; (1947) *JCP* éd. G. 3518, note D. Bastian; *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 1976, p. 299) où la Cour de cassation énonçait que l'assemblée générale ne peut pas « empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration » est aujourd'hui soutenue par l'Association nationale des sociétés par actions (dernièrement, voir : ANSA, 2022, p. 63 et s.; ANSA, 2021). Pour elle, la « politique climatique d'une entreprise […] relevant de la compétence du conseil dans la détermination des orientations stratégiques » (ANSA, 2022, p. 64), les actionnaires ne peuvent empiéter sur son élaboration. Dans son communiqué, le conseil d'administration de *TotalEnergies* en déduit qu'il peut s'opposer à l'inscription d'une résolution à l'ordre du jour de l'assemblée générale (TotalEnergies, 2022). Cette interprétation du champ de la jurisprudence *Motte* est loin de faire l'unanimité.

### 2.4. LA RÉFORME ATTENDUE

**[125]** La référence à ce principe pour contrer les prétentions d'actionnaires activistes du climat soulève une question plus large pour le droit des sociétés. L'éventualité d'une demande d'inscription qui constituerait un empiètement sur les prérogatives du conseil n'est pas prévue par le *Code de commerce* (article L. 225-105 C. com.). Certains s'étonnent qu'une jurisprudence aussi ancienne et rarement réitérée que la jurisprudence *Motte* conserve une influence telle en droit des sociétés (Gaudemet, 2022), qu'elle autoriserait le conseil à s'opposer à une demande formellement régulière émanent des actionnaires. Au-delà de la question de savoir si, techniquement, le conseil d'administration pouvait valablement invoquer la jurisprudence *Motte* pour dénier aux actionnaires le pouvoir de lui dicter la stratégie de l'entreprise, cet épisode illustre effectivement l'influence que conserve le principe d'une répartition stricte des pouvoirs en droit français des sociétés. L'Autorité des marchés financiers a appelé le législateur à intervenir pour clarifier cette question (AMF, 2021, p. 85). Le législateur ne tranchera peut-être pas expressément le débat de fond opposant les partisans de la lecture stricte du principe de répartition des pouvoirs à ses détracteurs. Toutefois, dans le cas où la loi autoriserait spécialement les actionnaires à proposer des projets de résolutions en lien avec la stratégie climatique de la société, la disposition fournirait des arguments à ceux pour qui la répartition des pouvoirs est en principe incompatible avec ces résolutions.

### 2.5. LA NÉCESSITÉ D'UN DIALOGUE ENTRE LES ACTIONNAIRES ET LE CONSEIL

**[126]** Ouvrir l'initiative stratégique à d'autres organes que le conseil ne constitue pas nécessairement une atteinte à l'exercice de ses fonctions de gestion. Dans toutes les formes sociales, l'organe social en charge de déterminer la stratégie de l'entreprise est amené à prendre en compte des intérêts divergents. Il en va de même dans la société anonyme où le conseil centralise les prétentions stratégiques des autres organes ou des parties prenantes à l'entreprise. C'est en ce sens que les demandes d'inscription de résolutions climatiques suscitant la plupart du temps un dialogue entre le conseil et les actionnaires sur la stratégie climatique renforcent le conseil dans sa fonction de déterminer la stratégie. Dans certains cas, le dialogue engagé peut faire évoluer les positions des actionnaires ou du conseil. Ce fut le cas d'un premier projet de résolution déposé par des actionnaires de *TotalEnergies* en vue de l'assemblée du 25 mai 2022 (Les Echos, 2022) : selon le conseil, ce projet a suscité des « échanges » jugés « constructifs », qui l'ont amené à prendre de « nouveaux engagements » en matière de transparence (TotalEnergies, 2022). Le projet de résolution a par la suite été retiré, les engagements du conseil suffisaient aux actionnaires, et la stratégie climatique décidée par le conseil s'en trouvait renforcée. Dans les autres cas, les « règles légales de répartition des compétences entre les organes » devraient avoir un rôle à jouer pour que le conseil puisse décider d'inscrire les propositions de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée générale ou au contraire de s'opposer à l'inscription. Nul doute que le législateur ne renversera pas un principe aussi essentiel que celui de l'arrêt *Motte*. Rien ne s'opposerait en revanche à la délimitation du champ de certaines jurisprudences ultérieures, comme celle annulant la décision d'un organe déléguant l'exercice d'une compétence propre à un comité[53], pour s'assurer que le conseil puisse associer l'assemblée générale à la prise de véritables décisions relatives à la stratégie.



## CONCLUSION

**[127]** Préserver la fonction de déterminer la stratégie du conseil d'administration conditionne l'efficacité de nombreuses mesures de responsabilisation de l'entreprise. Toutefois, réserver strictement cette compétence au conseil d'administration ne le renforce pas dans son exercice. Le conseil est d'autant plus légitime à déterminer les orientations de l'activité de la société qu'il concentre les aspirations stratégiques des autres organes et des parties prenantes.

## BIBLIOGRAPHIE

ANSA, *Rappel des règles applicables pour l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution*, N° 21-003, 3 mars 2021.

———, *Brochure annuelle 2022*, com. n° 214-2022, 20 avril 2022.

AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF), *Rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants*, 2021.

53 Ce qui peut se justifier pour la détermination de la rémunération ne devrait s'appliquer à tous les pouvoirs expressément reconnus au conseil, v. sur la rémunération, Cass. com., 4 juillet 1995, n° 93-17.969 : (1996) *JCP* éd. G. 22560, note Y. Guyon; (1996) *D.* 186 note J.-C. Hallouin; (1995) *Revue des Sociétés* 504, note P. Le Cannu ; voir déjà : COB, 1981, p. 17 (pour la COB, la préparation des critères de rémunération peut être déléguée à un organe ad hoc, mais la rémunération doit être fixée par le conseil d'administration).

BAINBRIDGE, S. M. et M. T. HENDERSON, *Outsourcing the Board: How Board Service Providers Can Improve Corporate Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

BOISSEAU, L. et A. LAURIN, « Climat : Total cède face aux demandes de grands investisseurs », *Les Echos*, sect. Finance & Marchés, 22 avril 2022, en ligne : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/climat-total-cede-face-aux-demandes-de-grands-investisseurs-1402457>.

COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE, *Bulletin mensuel*, janvier 1981, n° 133.

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937*, COM (2022) 71 final, 2022/0051 (COD), 23 février 2022.

———, *Directive 2022/2464 du 14 décembre 2022 sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, 21 avril 2021, COM(2021) 189 final, 2021/0104 (COD).

———, *Gouvernance d'entreprise durable*, 2020, en ligne : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gouvernance-dentreprise-durable_fr>.

———, *Livre vert: le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE*, COM(2011) 164 final, 2011.

ERNST & YOUNG (EY) et DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*, 2020, en ligne : <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901>.

GAUDEMET, A., « L'arrêt Motte et le climat », (2022) 200-3 *Bulletin Joly Sociétés* 1.

GEORGE, B., J. W. LORSCH, K. G. PALEPU, J. L. BOWER, R. KHURANA et R. V. GILMARTIN, *The future of boards: meeting the governance challenges of the twenty-first century*, Boston, Harvard Business Review Press, 2012.

*Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. 1, Paris, Sirey, 2e éd., 1976.

HCJP, *Responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale et examen des conséquences juridiques associées aux modifications apportées aux articles 1833 et 1835 du Code civil*, rapport nº 113, 23 juillet 2020.

JASOR, M., « Gouvernance d'entreprise : comment la RSE s'infiltre au coeur de la stratégie », *Les Echos*, sect. Idées & Débats, 23 septembre 2021, en ligne : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/leadership-management/gouvernance-dentreprise-comment-la-rse-sinfiltre-au-coeur-de-la-strategie-1348630>.

KEAY, A. R., *Directors' duties*, 4th edition, Bristol, LexisNexis, 2020.

Loi n° 2022-296 du 2 mars 2022 visant à démocratiser le sport en France, (2022) 4 *Bulletin Joly Sociétés* 4.

LORSCH, J. W., « Boardroom challenges », dans *The future of boards: meeting the governance challenges of the twenty-first century*, Boston, Harvard Business Review Press, 2012, p. 11

MALINVAUD, P., « Gare aux lois émotionnelles », (2012) *RDI* 585.

PARACHKEVOVA-RACINE, I., « Le conseil d'administration de demain », dans *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret. Un juriste pluriel*, Paris, Éd. Francis Lefebvre-Dalloz, 2020, p. 343-351.

PARLEMENT EUROPÉEN et CONSEIL, *Règlement (UE) No 537/2014 du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public et abrogeant la décision 2005/909/CE de la Commission*, J.O. 27 mai 2014 L 157/77.

ROCHER, B., *Repenser la place des entreprises dans la société: bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte*, 2021.

SCHLUMBERGER, E., « Les résolutions climatiques à l'épreuve du droit des sociétés », (2020) *Bulletin Joly Sociétés* 6.

TCI FUND MANAGEMENT LIMITED, « Demande d'inscription de deux projets de résolution a l'ordre du jour de l'assemblée générale des actionnaires de VINCI SA du 9 avril 2020 », 12 mars 2020, en ligne : <https://www.vinci.com/vinci.nsf/fr/ag2020/$file/Lettre-TCI-VINCI-12%20-Mars-2020.pdf>.

TOTALENERGIES, « Communiqué de mise à disposition des documents préparatoires à l'AG », 5 mai 2020.

———, « Le Conseil d'administration favorise le dialogue avec ses actionnaires en invitant les porteurs de projet de résolution à s'exprimer lors de l'Assemblée générale du 25 mai 2022 », 27 avril 2022.

VINCI, « Réponses aux questions écrites posées par les actionnaires », 18 juin 2020, en ligne : <https://www.vinci.com/vinci.nsf/fr/ag2020b/$file/VINCI-Reponse-CA-18062020-reponses-aux-questions-ecrites.pdf>.

# LE CONSEIL D'ADMINISTRATION : LE CAS FRANÇAIS



Irina PARACHKEVOVA-RACINE[54]



54 Professeure à l'Université Côte d'Azur, CNRS, GREDEG-CREDECO (France).

## RÉSUMÉ

Instance de direction emblématique de la grande entreprise que loge en principe toute société anonyme, le conseil d'administration est particulièrement révélateur des métamorphoses du droit des sociétés contemporain face aux enjeux du XXIe siècle. Il a été placé, au cours de ces dernières années, au cœur d'un tourbillon normatif qui redessine les liens entre la société et l'entreprise, voire entre l'entreprise et la Cité. Investi d'un rôle d'exemple pour la gouvernance des entreprises plus modestes, il imprime ainsi de nouvelles orientations au droit des sociétés anonymes et, par effet de résonance, au droit des sociétés tout entier. Toute la question est cependant de savoir si les changements législatifs opérés produiront les effets escomptés, s'ils seront à même de changer les comportements. À ce stade, encore peu avancé des transformations, le droit français, et plus largement les initiatives récentes du législateur européen, sont l'occasion de mener une réflexion simplement prospective. Deux certitudes se dégagent néanmoins. D'une part, le conseil d'administration est assurément un modèle normatif pour l'entreprise responsable et pour la gouvernance soutenable. D'autre part, il représente en même temps un test de viabilité d'une telle entreprise, son aptitude à absorber (ou non) les difficultés de mise en œuvre de la gouvernance soutenable étant une indication forte de la pérennité de ce modèle.

## INTRODUCTION

**[128] Métamorphoses normatives.** Instance de direction emblématique de la grande entreprise que loge en principe toute société anonyme, le conseil d'administration est particulièrement révélateur des métamorphoses du droit des sociétés contemporain face aux enjeux du XXIe siècle. Il a été placé, au cours de ces dernières années, au cœur d'un tourbillon normatif qui redessine les liens entre la société et l'entreprise, voire entre l'entreprise et la Cité. Ces métamorphoses émergent sous l'effet conjugué de tendances globales, de choix politiques et de compromis délicats et leurs effets normatifs ne sont, pour l'heure, pas totalement certains. Elles ne concernent du reste pas la seule société anonyme. Cependant, c'est auprès du conseil d'administration de la société anonyme que leur empreinte est la plus prégnante, ce qui fait de lui l'indicateur clé des perspectives qui se dessinent pour le droit des sociétés dans les années à venir.

**[129] Un phénomène global.** Il n'y en cela rien de surprenant. Conçue structurellement pour l'organisation juridique de la grande entreprise (Paillusseau, 1967), la société anonyme a été intensément rénovée, sous l'influence de mutations profondes du contexte dans lequel ces entreprises déploient leurs activités. D'emblée, il est à souligner que cette rénovation est convergente dans l'ensemble des législations occidentales. L'ouverture des frontières et la libéralisation de l'économie et des marchés ont fait des sociétés anonymes les plus importantes non seulement des entreprises cruciales (Frison-Roche, 2014) pour les économies nationales, mais également des entreprises « globales », où se côtoient des actionnaires des quatre coins du monde. Cet élément décisif a transformé la société anonyme en un remarquable terrain d'observation de ce que l'on appelle désormais le droit global (Racine, 2019). Exposée à la mondialisation des marchés et à la globalisation de l'actionnariat, la société anonyme est devenue ainsi tributaire de modèles dominants de gouvernance, l'ensemble des législateurs répliquant à des degrés divers les tendances normatives prépondérantes.

**[130] Mutations du contexte mondial.** Or, ces modèles sont eux-mêmes dépendants, dans une large mesure, du contexte mondial dans lequel opère cette société. Et ce contexte a notablement changé. Dans un premier temps, c'est le modèle de la *corporate governance* qui s'est imposé comme étant le meilleur (Hansmann et Kraakman, 2000-2001), sous l'influence des investisseurs anglo-américains à une époque de relative prospérité et de stabilité économique et sociale (Couret, 2016). Toutefois, dans un second temps, à la stabilité économique ont succédé de nombreuses crises : financière, écologique, humanitaire, sociale, sanitaire, etc. La crise financière de 2008, en particulier, a joué un rôle décisif dans la conscience collective, stigmatisant les excès de la *corporate governance*. Elle a donc été l'occasion d'ébranler le « mythe » de la valeur actionnariale (Stout, 2012; Tchotourian, Bernier et Tremblay-Potvin, 2017; Magnier, 2010) et d'accélérer la transition vers un modèle de gouvernance alternatif. Une autre crise emblématique a été la crise écologique et humanitaire. L'implication des entreprises les plus importantes dans les divers scandales environnementaux et humanitaires dans le monde a mis en évidence qu'elles

pouvaient se développer au détriment de la société civile (Malecki, 2014; Magnier et Fonbaustier, 2013).

**[131] Un nouveau modèle de gouvernance.** Aussitôt, ce changement de contexte a suscité, partout dans le monde, une réflexion intense et fertile sur la place et la responsabilité de l'entreprise dans les maux sociétaux de la planète (Frydman, 2007). Ces maux sont devenus peu à peu des « enjeux clés de voûte » (Martin, 2020) qui font l'objet de multiples outils de régulation, dépassant largement le champ des politiques publiques traditionnelles, extérieures au droit de l'entreprise (droit de l'environnement, droit du travail, etc.). Les principaux dysfonctionnements climatiques, écologiques ou sociétaux étant engendrés par les activités économiques elles-mêmes, c'est aussi, logiquement par le biais du droit économique – et notamment du droit des sociétés – qu'ils sont dorénavant appréhendés. La gouvernance de la grande entreprise incarnée par la société anonyme a été, bien sûr, au centre de cette réflexion, cette entreprise étant précisément celle qui génère les externalités négatives les plus graves et les plus importantes. Le phénomène a conduit à une remise en cause de la légitimité même de la théorie économique de l'agence et a amené les pouvoirs publics à entamer un changement de leur politique juridique à l'égard de la grande entreprise. L'émergence d'une entreprise responsable fondée sur un nouveau modèle dominant de gouvernance – une gouvernance plus soutenable – est l'illustration la plus forte de cette nouvelle politique.

**[132] Le conseil d'administration, modèle et test à la fois.** C'est ainsi que, progressivement, le conseil d'administration de la société anonyme est devenu la référence normative de la gouvernance soutenable. Investi d'un rôle d'exemple pour la gouvernance des entreprises plus modestes, il imprime de nouvelles orientations au droit des sociétés anonymes et, par effet de résonance, au droit des sociétés tout entier. Toute la question est cependant de savoir si les changements législatifs opérés produiront les effets escomptés. À ce stade encore peu avancé des transformations, le droit français, et plus largement les initiatives récentes du législateur européen, sont l'occasion de mener une réflexion simplement prospective (Lecourt, 2021; Parachkévova-Racine, 2020). Deux certitudes se dégagent néanmoins. D'une part, le conseil d'administration est assurément un modèle normatif pour l'entreprise responsable (1.). D'autre part, il représente en même temps un test de viabilité d'une telle entreprise (2.), son aptitude à absorber (ou non) les difficultés de mise en œuvre de la gouvernance soutenable étant une indication forte de la pérennité de ce modèle.

## 1. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION : UN MODÈLE NORMATIF POUR L'ENTREPRISE RESPONSABLE

**[133] Un cadre juridique expérimental.** Que le conseil d'administration soit en lui-même un modèle normatif ne fait pas de doute. L'idée a toujours été d'expérimenter à son échelle des règles de « bonne » gouvernance, avant de les généraliser à des sociétés moins importantes ou d'encourager leur application spontanée. En droit français, ce modèle est d'autant plus séduisant pour les dirigeants de sociétés que grâce à l'articulation de la loi et des codes de gouvernance des sociétés cotées, le conseil d'administration a pu bénéficier d'un « statut » digne de ce nom, comportant une

grille complète de droits et de devoirs. Aujourd'hui, c'est cette même démarche d'inspiration que l'on retrouve dans les diverses obligations sociétales relatives au conseil d'administration de la société anonyme. Le but semble être, en effet, de tester sur lui un cadre juridique exigeant, en cours de formation, de l'entreprise responsable, servant de référence à l'ensemble des sociétés. Le conseil d'administration est ainsi placé dans un double rôle d'éclaireur (1.1) et d'artisan (1.2) de la gouvernance soutenable.

### 1.1 ÉCLAIREUR DE LA GOUVERNANCE SOUTENABLE

**[134] Gouvernance et finalités non lucratives.** Depuis quelques années déjà, la gouvernance de la société anonyme est devenue en France la matrice de l'entreprise responsable. Plusieurs réformes successives, d'inspiration tantôt nationale, tantôt européenne, traduisent une volonté législative, relayée par les codes de gouvernement d'entreprise, de faire de cette société le prototype expérimental d'une société plus proche de l'intérêt général et des préoccupations sociétales, initialement étrangères à la finalité lucrative du contrat de société. L'objet privilégié de ces réformes a été, logiquement, le conseil d'administration de la société anonyme, instance collégiale placée au centre des stratégies économiques de l'entreprise. Une série de dispositions législatives ont ainsi introduit parmi les obligations du conseil des contraintes fondées sur autre chose que le seul profit des actionnaires.

**[135] Normativité croissante.** Ces obligations ont gagné en normativité au fil des ans. La plus ancienne est l'exigence de *reporting* extra-financier qui n'a cessé d'élargir son périmètre pour revêtir désormais[55] la forme d'une déclaration de performance extra-financière[56], amenée du reste à accroître son champ et sa force contraignante (Directive, 2022). Puis, peu à peu, c'est un véritable durcissement de la gouvernance soutenable qui a été opéré. L'on songe, par exemple, à la présence obligatoire de salariés[57] ou de femmes[58] au sein du conseil. Avec les obligations de *compliance* en matière de corruption[59] ou de vigilance[60] sur les grandes causes sociétales, c'est une autre étape qui est franchie. Ces obligations, adressées aux plus grandes sociétés anonymes et dont la mise en œuvre dépend bien de leurs conseils d'administration, infléchissent notablement leur autonomie patrimoniale. Déployées sur toute la chaîne de valeur de la société assujettie, au-delà des frontières de sa localisation, elles préfigurent un partage concret et réel de responsabilité entre l'État et l'entreprise en matière sociétale.

**[136] Réforme du droit commun des sociétés.** Longtemps, de telles obligations visaient quasi exclusivement les conseils d'administration des grandes sociétés

55 Sous l'effet de la directive européenne 2014/95 du 22 octobre 2014 relative à la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité.

56 Article L. 225-102-1 C. com.

57 Article L. 225-27-1 C. com.

58 Article L. 225-18-1 C. com.

59 L. n° 2016-1691, 9 décembre 2016 (dite « Sapin 2 »).

60 Article L. 225-102-4 C. com. issu de L. n° 2017-399 du 27 mars 2017.

anonymes. Une phase intéressante a été marquée par la loi « Pacte »[61] qui, tout en généralisant le modèle, fait du conseil d'administration un exemple à suivre. En effet, l'ambition d'ouvrir le statut de l'entreprise responsable explique que le choix ait été fait de réformer le droit commun des sociétés dans son ensemble (Germain, 2018). Le symbole est important et permet l'élargissement de l'objet social de toute société à des considérations d'intérêt général. Il n'en reste pas moins qu'à l'échelle du droit spécial des sociétés, seules les dispositions relatives au conseil d'administration (ou au directoire) ont été modifiées pour poser spécifiquement à la charge de cette instance l'obligation de mettre en œuvre les « orientations de l'activité de la société, conformément à son intérêt social et en prenant en considération ses enjeux sociaux et environnementaux »[62] et de prendre « en considération la raison d'être de la société, lorsque celle-ci est définie dans les statuts en application de l'article 1835 du *Code civil* »[63]. Il n'est guère fortuit que cette nouvelle obligation des dirigeants, induite par la loi « Pacte » et visant normalement les dirigeants de toute société, n'ait été expressément reprise par le droit spécial qu'au sujet de la société anonyme. Le conseil d'administration est assurément placé en éclaireur de la gouvernance soutenable.

**[137] Perspectives européennes.** Dans tous les cas, c'est très certainement le législateur européen qui va fixer les standards de la gouvernance soutenable dans les années à venir. Le chantier est d'ores et déjà en cours. Un premier volet sera réalisé par la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, puisque la mise en œuvre des obligations posées incombera directement au conseil d'administration[64]. La proposition de directive dévoilée au mois de février 2022 est très claire à cet égard. Si elle est adoptée en l'état, non seulement le conseil se verrait confier la mise en place et la supervision du devoir de vigilance[65], mais serait par ailleurs soumis à un « devoir de sollicitude », impliquant de tenir compte, en s'acquittant de son obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, des conséquences de ses décisions sur « les questions de durabilité » telles que les droits de l'Homme, le changement climatique ou l'environnement[66]. Un second volet aurait dû porter spécifiquement sur les devoirs des dirigeants en matière de gouvernance soutenable. Un rapport dédié à ce thème a été rendu à la Commission européenne en juillet 2020 (EY, 2020). Il fixe un socle commun de règles minimales visant à renforcer la création de valeur à long terme et recommande d'imposer aux administrateurs des sociétés cotées des obligations contraignantes, en vue d'un élargissement de l'intérêt social à l'intérêt à long terme de l'entreprise. Cette proposition a fait l'objet de vives critiques au sein de la communauté juridique internationale, en raison notamment des faiblesses du rapport[67], et paraît pour l'heure à l'arrêt. Toutefois, le thème lui-même reste d'actualité





61 L. n° 2019-486 du 22 mai 2019.

62 Répliquant ainsi les dispositions nouvelles de l'article 1833 al. 2 C. civ.

63 Article L. 225-35 al. 1 C. com.

64 Parlement européen, 2020; Projet d'initiative législative, 2021 et Parlement européen, 2021; Proposition de directive, 2022.

65 Article 26.

66 Article 25.

67 Law and Business Professors' Submission to the EU on EY's, « Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance », *Response to the European Commission's Call for Feedback on its Sustainable Corporate Governance initiative*, 8 octobre 2020.

et se trouve, du moins partiellement, relayé par la proposition de directive sur le devoir de vigilance.

### 1.2 ARTISAN DE LA GOUVERNANCE SOUTENABLE

**[138] Un renouvellement méthodologique du travail du conseil.** Une autre dimension importante de ces réformes récentes est de confier au conseil d'administration l'élaboration même de la gouvernance soutenable. Il en est l'artisan principal. Cela renvoie à un renouvellement méthodologique du travail du conseil, reposant concrètement sur deux démarches complémentaires.

**[139] Co-régulation et importance des normes de gouvernance.** La première est la co-régulation entre droit souple et droit dur, préexistante à l'émergence de la gouvernance soutenable, mais fortement mobilisée à son service. Le droit des sociétés anonymes est coutumier de cette méthode, devenue une véritable approche du droit (Couret, 2016). Utilisée un temps au soutien exclusif du modèle juridique de la *corporate governance*, elle a été par la suite naturellement employée au bénéfice de la gouvernance soutenable (Hennebel et Lewkowicz, 2007). La méthode est par exemple au cœur du *reporting* extra-financier, obligeant le conseil à ajouter à l'information financière due aux investisseurs des explications sur les « performances » extra-financières de l'entreprise. Les politiques de RSE – environnement, climat, conditions de travail des salariés, développement durable, respect des droits de l'Homme, lutte contre la corruption ou le gaspillage alimentaire – sont ainsi entrées dans le jargon boursier, mais également dans les risques juridiques de l'entreprise. Plus singulièrement encore – et c'est un élément nouveau dans la co-régulation – l'ensemble des obligations sociétales à la charge du conseil reposent sur des initiatives internes consistant à repenser les normes de gestion pour y inclure l'éthique et l'intérêt général. Expressément prévue en matière de vigilance et de *compliance* (cartographie des risques, étude d'impact environnemental, mesures de prévention et de contrôle, systèmes d'alerte, etc.), la démarche est également sous-jacente à l'emblématique article 1833 du *Code civil* modifié par la loi « Pacte » et relayé à l'échelle du conseil d'administration[68]. Le texte s'en remet bien à la gestion et à l'administration de la société, qui se veulent conformes à son intérêt social, mais aussi aux enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Le conseil devient ainsi le concepteur de la transition écologique et sociétale et se voit confier par le législateur le pouvoir normatif – et la responsabilité – de proposer un modèle économique susceptible de prévenir les risques environnementaux et sociaux que l'activité de l'entreprise engendre (Levillain, Segrestin et Hatchuel , 2021).

**[140] Source de souplesse et d'innovation.** Les atouts de la méthode sont incontestables. Source de souplesse, elle encourage l'innovation et l'initiative de l'entreprise. Dans le même temps, fondée sur un *corpus* légal, elle multiplie les passerelles entre la RSE et la responsabilité juridique et bénéficie en outre d'un puissant effet préventif. Le tout contribue nécessairement à généraliser des politiques économiques responsables, même si les conséquences juridiques de la co-régulation, en termes notamment de responsabilité, restent incertaines et inégales selon l'intensité de l'obligation légale qui la sous-tend (obligation de dire ou de faire).

68 Article L. 225-35 al. 1 C. com.

**[141] Co-gouvernance et rôle des parties prenantes.** La seconde méthode, plus innovante encore, renvoie à une véritable co-gouvernance par le conseil d'administration et par les parties prenantes de l'entreprise. Moins développée pour l'heure, cette méthode consiste à associer à l'élaboration des normes de gestion sociétales de la société divers acteurs de l'entreprise et de son environnement. Elle vise, en substance, à accorder à l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise un droit de regard sur ses stratégies sociétales, voire une fonction de contre-pouvoir au conseil. Certes, la tendance n'est pas encore généralisée. Elle suscite même la méfiance au regard du risque d'amplification des technostructures (Cuzacq, 2020). Toutefois, cela n'a pas empêché certaines entreprises de mettre volontairement en place des comités des parties prenantes (Mercier, 2019; Félix, Martinet, 2021). Le droit souple évolue aussi en ce sens, comme le montrent les dernières révisions des Codes de gouvernement d'entreprise, formulant expressément à l'attention des conseils d'administration la recommandation de se doter d'un comité spécialisé en RSE (Couret, 2021)[69].

**[142] Émergence de contre-pouvoirs.** Au-delà de ces bonnes pratiques, la co-gouvernance est bel et bien amenée à se développer dans le futur. Dans les sociétés anonymes les plus importantes relevant du droit français, cette méthode trouve d'ores et déjà à s'appliquer dans le contexte du devoir de vigilance. Elle est notamment en filigrane de l'invitation légale d'associer les parties prenantes à l'élaboration du plan de vigilance. Cet élément est très révélateur des mutations des méthodes de formation des normes de gouvernance. Il est prévu à l'article L. 225-102-4 du *Code de commerce* que le plan de vigilance « a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société ». *A minima,* cette disposition incitative, inscrite dans la lettre de la loi, codifie à droit constant les usages de dialogue entre le conseil d'administration et les parties prenantes de l'entreprise dans le processus de création des politiques de RSE. Les conséquences de cette co-gouvernance pourraient devenir plus tangibles encore à l'avenir. La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (Proposition de directive, 2022) comporte des dispositions très représentatives de cette perspective. Si elle était adoptée en l'état, la future directive pourrait faire des parties prenantes un maillon central du mécanisme, les plaçant dans une double fonction de co-auteurs des normes de vigilance en amont (le conseil d'administration devant tenir « dûment compte des contributions pertinentes des parties prenantes »[70]) et de censeurs de leur mise en œuvre en aval. Voilà qui a pour vocation de maîtriser, dans une certaine mesure, le risque d'une application formelle et artificielle des obligations légales en la matière, voire, à terme, de modifier durablement les pratiques.

**[143] Une instance en phase avec les attentes de la Cité.** En définitive, le conseil d'administration se dessine comme une instance représentative de ce que la Cité attend désormais de l'entreprise. Il donnera l'exemple d'un changement des stéréotypes de gouvernance que, certes, seul le temps rendra tangible. Il n'empêche qu'un ensemble de nouvelles valeurs, liées les unes aux autres dans une dynamique vertueuse, s'évince des différentes règles présentes et à venir, et constitue le socle de

69 Middlenext, 2021, recommandation n° 8 ; AFEP-MEDEF, 2022, art. 16.

70 Article 26.

ce modèle normatif. Il y a là, en tout cas, une évolution notable du droit des sociétés anonymes, qui présage en théorie une effectivité ascendante de la gouvernance soutenable. Cependant, investir le conseil d'administration d'un rôle d'éclaireur et d'artisan de cette gouvernance ne garantit pas forcément le succès du modèle.

## 2. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION : UN TEST DE VIABILITÉ DE L'ENTREPRISE RESPONSABLE

**[144] Un cadre légal peu rigoureux.** Assurément, c'est de la capacité de ces conseils d'administration précurseurs à changer leur approche de gouvernance que dépendra le rayonnement et l'avenir du modèle de l'entreprise responsable. Or, aussi innovantes et prometteuses que puissent être ces tendances et ces méthodes nouvelles, fortement intégrées désormais dans les règles applicables au conseil d'administration, il serait illusoire d'en attendre des résultats spectaculaires si le dispositif légal qui les sous-tend manque de rigueur. C'est le défaut majeur de ce modèle normatif. Le droit français a notamment sous-estimé deux éléments, liés l'un à l'autre, et qui risquent de le priver d'une bonne partie de son efficacité. Le premier est la multiplication des intérêts que le conseil d'administration doit désormais prendre en considération (2.1). Le second tient plus généralement à l'ampleur que nécessite le cadre normatif lui-même de la gouvernance soutenable (2.2).

### 2.1 LA MULTIPLICATION DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

**[145] Des difficultés sous-estimées.** L'on ne saurait occulter qu'une large ouverture des conseils aux parties prenantes, tout comme le mariage des stratégies lucratives avec l'intérêt général, peuvent diluer les finalités de la gouvernance et multiplier les oppositions. Hélas, cette diversification des intérêts en présence n'a guère été appréhendée par le législateur. Deux difficultés, au moins, en découlent.

**[146] Processus de prise de décision.** Une première difficulté est celle de la prise de décision. D'une part, chaque acteur de la gouvernance risquerait de défendre les intérêts qu'il représente. Or, il ne sera guère aisé de fédérer ces différents intérêts. La gestion des conflits d'intérêts suggérée par le code AFEP-MEDEF pourrait même vider le conseil d'administration de ses membres, puisqu'il est préconisé à l'administrateur en situation de conflit d'intérêts de s'abstenir tout à la fois de voter et d'assister aux débats[71]. Au-delà des conflits et des blocages, c'est d'autre part l'arbitrage entre les enjeux divers qui sera des plus délicats. Il appartient au conseil de faire des choix qui, pour l'heure, paraissent trouver en droit français leur limite dans leur conformité à l'intérêt social, placé *a priori* au sommet de la hiérarchie des valeurs[72]. La gouvernance soutenable et la gouvernance rentable devront ainsi coexister, sans pour autant qu'un curseur légal clair puisse les faire cohabiter harmonieusement. Le juge aura assurément un rôle central pour apprécier cette conciliation qui reste passablement brouillée. L'expérience de la jurisprudence anglo-américaine sera ici des plus utiles (Rousseau et Tchotourian, 2009). Plus généralement, c'est au conseil de fixer les

71 Article 21.

72 Article 1833 al. 2 C. civ.

équilibres entre les différentes finalités non lucratives de la gouvernance qui, faute d'indications légales claires, risquent de s'avérer périlleux. La présence éventuelle dans les statuts d'une raison d'être permettra peut-être d'identifier les causes sociétales importantes pour la société. Dans tous les cas, cependant, la tâche ne sera pas facile. Un arbitrage sensible mérite notamment d'être souligné : celui entre les enjeux sociaux et les enjeux environnementaux de l'activité sociale. Les spécialistes du droit du travail insistent aujourd'hui sur l'impératif d'une articulation solide entre la transition écologique et les droits des salariés, aucun de ces enjeux ne devant être privilégié au détriment de l'autre (Casado et Gilbert, 2022). Cette articulation implique une transformation profonde du droit qui, actuellement, n'en est qu'à des débuts timides. Investi d'un rôle de censeur, le conseil d'administration parviendra-t-il à concilier ces enjeux correctement ? Rien n'est moins sûr.

**[147] Résonance sur la responsabilité des administrateurs.** La seconde difficulté, considérable, est celle de la résonance de la gouvernance soutenable sur la responsabilité des membres du conseil. À première vue, l'ouverture de la finalité de la société à des préoccupations non lucratives semble être en soi une bonne chose. Il était jusqu'ici délicat, faute d'une assise législative suffisante, de justifier les stratégies de RSE, au coût parfois élevé, au regard des références classiques du droit des sociétés. À présent, la difficulté se déplace, car il faudra établir une hiérarchie entre les obligations légales nouvelles et départager les frontières entre les fautes, en cas notamment de divergence entre intérêt social, raison d'être et/ou enjeux sociaux ou environnementaux – notions bien distinctes – tout en les combinant avec les standards préexistants (faute de gestion, devoir de loyauté, faute détachable, etc.) (Tadros, 2018; Urbain-Parléani, 2018; Heinich, 2018; Deckert, 2018). Le risque existe également d'un accroissement des actions en responsabilité à l'initiative des actionnaires et des tiers, à moins d'associer effectivement l'ensemble des parties prenantes à l'élaboration des stratégies sociétales. *In fine*, le risque existe même d'une déresponsabilisation des membres du conseil d'administration ! En effet, ces derniers se voient accorder dorénavant une marge de manœuvre considérable, sans pour autant qu'il soit aisé d'engager leur responsabilité, une multitude d'intérêts en présence légalement consacrés pouvant justifier leurs décisions (Couret, 2019; Barbièri, 2021).

**[148] Perspectives d'évolution.** Sans doute, ces questions seront-elles précisées par la jurisprudence et les codes de gouvernance. Ces difficultés impliqueront probablement aussi un renouvellement des pratiques de travail des administrateurs. L'on songe au rôle possiblement apaisant de l'administrateur référent[73] et l'on imagine que la maîtrise des coûts de ces évolutions pourrait être facilitée par l'outil numérique. Toutefois, seul un cadre normatif solide permettra d'y remédier de manière satisfaisante, ce qui renvoie à un écueil encore plus général de la gouvernance soutenable promue à l'échelle du conseil d'administration.

## 2.2 LE SOUS-ENCADREMENT LÉGAL

**[149] Dispositif confus et marginal.** Volontairement ou non, c'est par le biais d'une construction très imprécise que le législateur a introduit, au cours de ces dernières années, le modèle de la gouvernance soutenable dans le droit des sociétés anonymes

73 Voir notamment le Code AFEP-MEDEF, article 3.3.

(et dans le droit des sociétés en général). L'on peut penser que, dans une certaine mesure, c'est parce qu'il est confus et plaqué à la marge sur le cadre classique que le dispositif peine à déployer ses effets normatifs. Or, concilier profit et solidarité bouleverse littéralement les fondements de la gouvernance et les logiques à l'œuvre de la matière. Un changement aussi ambitieux requiert une rigueur particulière, que les modifications réalisées pour l'instant n'ont assurément pas. Là est leur faiblesse principale, le modèle de la gouvernance soutenable étant largement sous-encadré, comparé aux règles précises qui ont permis d'acclimater au fil des ans la *corporate governance*. Cette approche imprécise joue certainement un rôle dans le faible engouement pour la démarche responsable des acteurs de la société anonyme et l'on comprend qu'elle puisse faire croire (à tort) à certains que la loi change pour que rien ne change (Ministre de l'Économie, 2021). Beaucoup sont notamment encore dans une optique de gestion des risques de l'entreprise et non de prévention des risques sociétaux engendrés par l'entreprise (Assemblée nationale, 2022). Donnons quelques exemples (non exhaustifs) des défauts du *corpus* normatif.

**[150] Approche approximative.** Il y a d'abord dans les interventions législatives en France, des approximations qui traduisent un défaut de réflexion approfondie sur les enjeux en cause. Une illustration anecdotique peut être prise dans la dernière modification en date des dispositions régissant le conseil d'administration (et le directoire). Par une loi du mois de mars 2022 visant à démocratiser le sport en France[74], le législateur a cru bon de modifier les obligations pesant sur le conseil d'administration (et le directoire) de toute société anonyme, en imposant à ses membres d'agir « conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs » de l'activité de la société[75]. Voilà une mesure problématique (Dondero, 2022) qui non seulement s'écarte de la lettre moins large et moins contraignante de l'article 1833, alinéa 2 du *Code civil* (obligeant les dirigeants de toute société à gérer la société « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »), mais qui risque en outre d'engendrer des difficultés d'articulation, voire des conflits, le directeur général étant, quant à lui, tenu de se conformer au seul article 1883 du *Code civil*. Le moins qu'on puisse penser est que pareille réforme manque de sérieux.

**[151] Lacunes quant à l'identification des parties prenantes.** Il y a ensuite dans les dispositifs légaux une lacune majeure quant à l'identification des parties prenantes de l'entreprise. À ce jour, la loi ne comporte aucune précision méthodologique à cet égard, ce qui peut ruiner l'approche de co-gouvernance. Certes, la difficulté est réelle (Ruggie, Rees et Davis, 2020). Cette identification n'est pas simple, chaque entreprise ayant par hypothèse des parties prenantes différentes, selon son secteur, sa taille ou sa localisation. Toutefois, la nature évolutive des parties prenantes est de l'essence de la co-gouvernance et si le législateur souhaite la promouvoir, il lui appartient aussi de l'accompagner par des règles minimales. Les difficultés ne sont d'ailleurs pas insurmontables. Imposer des négociations collectives en amont (Martin, 2021) ou, tout simplement, accorder aux parties prenantes des prérogatives concrètes sont autant de pistes. Ici encore, la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises

74 L. n° 2022-296 du 2 mars 2022.

75 L. n° 2022-296 du 2 mars 2022.

en matière de durabilité (Proposition de directive, 2022) comporte des idées intéressantes, en ce qu'elle place le dialogue avec les parties prenantes au cœur du mécanisme de vigilance. Il est probable qu'investies de droits effectifs, les parties prenantes auraient à cœur de jouer le jeu de la concertation, ce qui faciliterait leur identification. Aussi complexe que soit ce processus, il est, dans tous les cas, de la responsabilité du droit des sociétés de l'initier.

**[152] Incertitudes sur la mise en place des normes de gouvernance soutenable.** Enfin, une troisième faille qui englobe probablement toutes les autres et touche à la confusion relative à la mise en place des normes de gouvernance soutenable. Une chose est de confier à la société le soin – et le coût – de renouveler sa politique pour proposer un modèle économique responsable. Tout autre chose est de lui en faire supporter l'entière responsabilité. Pareille transformation ne saurait se passer de règles légales quant aux modalités précises de l'élaboration des normes de gestion soutenable. Or, la démarche est ici très inégale selon le type d'obligation posée. Parfois, comme en matière de *compliance*, c'est le choix d'une procéduralisation excessive qui est opéré, débouchant sur des règles foisonnantes et complexes, à l'articulation délicate (Boursier, 2020). Le risque est alors d'aboutir à une mise en œuvre formelle, où la technique l'emporterait sur la substance. Le plus souvent, toutefois, c'est le choix inverse qui est fait. Excepté pour la société à mission, qui est relativement bien encadrée[76], la loi ne comporte guère d'indications sur la marche à suivre, ce qui est pour le moins dangereux en termes d'effectivité, d'instrumentalisation ou de concentration des pouvoirs. Les hésitations récentes quant à la validité des résolutions climatiques proposées par des investisseurs à l'ordre du jour des assemblées générales des grandes sociétés anonymes (Baldon, 2021; Gaudemet, 2022)[77] est un exemple parmi d'autres des difficultés que ce sous-encadrement engendre. Pour le dire brutalement, inclure dans la gestion et dans l'administration l'écologie ou les droits de l'Homme nécessite des mécanismes spécifiques et exigeants. Ces questions sont trop complexes et nouvelles pour être relayées par le cadre normatif traditionnel. Il est indispensable d'encadrer légalement ce processus normatif privé qui peut, sinon, basculer vers l'autorégulation pure et simple. En somme, c'est au droit des sociétés anonymes de se renouveler en parallèle à l'entreprise pour lui permettre de se réinventer effectivement, par des règles simples mais spécifiques quant aux rôles des acteurs, au contrôle des normes de gouvernance soutenable ou au dénouement des conflits.

**[153] Nécessité d'une remise à plat.** C'est seulement au prix d'une remise à plat complète que le droit des sociétés anonymes pourra répondre aux enjeux du XXIe siècle et servir réellement de modèle normatif de l'entreprise responsable.

## BIBLIOGRAPHIE

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 24 février 2022, n° 5124.

76 Article L. 210-10 s. C. com.; D. n° 2020-1 du 2 janvier 2020; D. n° 2021-669 du 27 mai 2021 et Arrêté du 27 mai 2021.

77 Au regard du principe de la hiérarchie des organes dans la société anonyme.

BALDON, C., « Les résolutions climatiques au prisme du principe de séparation des pouvoirs au sein de la société anonyme », (2021) 36 *La Semaine juridique – Entreprise et Affaires* 24-30.

BARBIERI, J.-B., « La Corporate sustainability », dans *Le droit face aux défis de la transition écologique*, coll. Revue de droit d'Assas, Paris, IRJS, 2021, p. 97-107.

BOURSIER, M.-E., « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », (2020) *D.* 1419-1424.

CASADO, A. et M. GILBERT, « Le droit du travail au service de la transition écologique », *Le Monde*, 24 mai 2022, p. 33.

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Projet de rapport du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance des entreprises*, 11 septembre 2020, 2020/2129[INL], en ligne : <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018_FR.html>.

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937*, 23 février 2022, COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Directive n°2022/2464 du 14 décembre 2022 sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises,* JOUE L 322 du 16 décembre 2022, p. 15-80.

COMMUNIQUÉ DE PRESSE, « Pour les députés, les entreprises doivent être tenues responsables des préjudices causés aux citoyens et à la planète », 27 janvier 2021, en ligne : <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20210122IPR96215/les-entreprises-doivent-etre-tenues-responsables-de-leurs-actes>.

COURET, A., « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », (2016) 115 *Bulletin Joly Sociétés* 433-448.

———, « Propos introductifs », dans La loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 : le nouveau visage du droit des sociétés, coll. *Revue des sociétés*, Paris Dalloz, 2019, p. 565-569.

———, « Le Code de gouvernement d'entreprise Middlenext 2021 », (2021) 200-5 *Bulletin Joly Sociétés* 37-40.

CUZACQ, N., « La RSE sur le frontispice du droit des sociétés, un roi sans couronne ? », dans *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret. Un juriste pluriel*, Éd. Francis Lefebvre-Dalloz, Paris, 2020, p. 187-199.

DECKERT, K., « Les nouvelles attributions du conseil d'administration et de son président », (2018) *Revue des sociétés* 629-634.

DONDERO, B., « La dure loi du sport… », (2022) 200-2 *Bulletin Joly Sociétés* 4-7.

EY, *Study on directors' Duties And Sustainable Corporate Governance*, juillet 2020.

FELIX, A. et I.-A. MARTINET, « Le comité des parties prenantes : la gouvernance hors des murs ? », (2021) 200-4 *Bulletin Joly Sociétés* 41-48.

FONBAUSTIER, L. et V. MAGNIER, *Développement durable et entreprise*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Réguler les entreprises cruciales », (2014) *D.* 1556-1563.

FRYDMAN, B., « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », dans *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1-50.

GAUDEMET, A., « L'arrêt Motte et le climat », (2022) 200-3 *Bulletin Joly Sociétés* 1.

GERMAIN, M., « Les propositions du Club des juristes », (2018) *Revue des sociétés* 564-567.

HANSMANN, H. et R. KRAAKMAN, « The End of History for Corporate Law », (2000) 89 *Georgetown Law Journal* 439-468.



HEINICH, J., « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », (2018) *Revue des sociétés* 568-574.

HENNEBEL, L. et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », dans *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147-226.

Law and Business Professors' Submission to the EU on EY's, « Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance », *Response to the European Commission's Call for Feedback on its Sustainable Corporate Governance Initiative*, 8 octobre 2020.

LECOURT, B., « Quel conseil d'administration pour les sociétés anonymes de l'Union européenne ? », dans *Mélanges Jean-Patrice et Michel Storck*, Paris, Dalloz-Lextenso, 2021, p. 367-381.

LEVILLAIN, K., B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, « La mission : une norme de gestion comme fondement de la gouvernance de l'entreprise responsable », (2021) 2 *Revue internationale de droit économique* 193-205.

MAGNIER, V., *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise: pour une meilleure protection de l'intérêt social*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010.

MALECKI, C., *Responsabilité sociale des entreprises : perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014.

MARTIN, G.-J., « L'environnement », dans *Le droit économique au 21e siècle : notions et enjeux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Économie, 2020, p. 319-348.

———, « Écologisation de la gouvernance d'entreprise : vers un renouvellement de la problématique ? », (2021) 2 *Revue internationale de droit économique* 257-272.

MERCIER, V., « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés », (2019) 120-9 *Bulletin Joly Sociétés* 44-51.

MIDDLENEXT, *Code de gouvernement d'entreprise*, septembre 2021.

PAILLUSSEAU, J., *La société anonyme: technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, France, Librairie Sirey, 1967.

PARACHKEVOVA-RACINE, I., « Le conseil d'administration de demain », dans *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret. Un juriste pluriel*, Paris, Éd. Francis Lefebvre-Dalloz, 2020, p. 343-351.

PARLEMENT EUROPÉEN, R*ésolution du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129(INL)*, 10 mars 2021, P9_TA(2021)0073.

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, *Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, J.O. L. 330/1 15 novembre 2014 p. 1.

RACINE, J.-B., « Approches de droit global », (2019) 3 *Journal du droit international (Clunet)* étude nº 6 665-693.

ROUSSEAU, S. et I. TCHOTOURIAN, « L'intérêt social en droit des sociétés : regards transatlantiques », (2009) *Revue des sociétés* 735-759.

RUGGIE, J. G., C. REES et R. DAVIS, « Making 'Stakeholder Capitalism' Work: Contributions from Business & Human Rights », *HKS Faculty Research Working Paper, Series RWP20-034*, Harvard, novembre 2020.

STOUT, L., *The Shareholder Value Myth : How Putting Shareholders First Harms Investors*, Corporations, and the Public, First Edition, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2012.

TADROS, A., « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », (2018) *D.* 1765.

TCHOTOURIAN, I., J.-C. BERNIER et C. TREMBLAY-POTVIN, « Les cinq mythes de la gouvernance d'entreprise : perspective économico-juridique nord-américaine », (2017) 2 *Revue Internationale de Droit Économique* 5-39.

URBAIN-PARLEANI, I., « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », (2018) *Revue des sociétés* 623-628.

# CA ET INFORMATION CLIMATIQUE AU CANADA : ATTENTION AU RISQUE JURIDIQUE !



Loïc GEELHAND de MERXEM[78]



78 Étudiant au doctorat en droit (Université Laval – Université du Luxembourg), boursier du Centre d'expertise en gouvernance – FSA Ulaval.

## RÉSUMÉ

Face à la problématique du changement climatique, l'administrateur canadien est encore à la traîne. Même si la problématique est de plus en plus prise en compte par les entreprises, les devoirs fiduciaires et d'information de l'administrateur peuvent constituer un véritable levier d'action pour les investisseurs et actionnaires soucieux du risque que le changement climatique fait peser sur l'entreprise. Pour y faire face, plusieurs mécanismes existent et permettraient aux administrateurs de commencer à rattraper leur retard… avant que le droit ne les oblige !

## INTRODUCTION

**[154] Entreprises et changement climatique.** Pour les grandes entreprises pétrolières, 2022 fut une année faste. Grâce à la crise énergétique en Europe, la performance boursière de ces entreprises s'est envolée, marquant le retour en force de l'industrie fossile. Avec la rondelette somme de 40 milliards de dollars, la pétrolière multinationale *Shell* n'a jamais dégagé autant de profits en 115 ans d'existence (Husson-Traore, 2023). C'est évidemment une très bonne nouvelle pour les actionnaires. Mais du point de vue de la lutte contre le changement climatique, faut-il vraiments'en réjouir ? En gardant une touche de candeur, il serait possible d'imaginer ces entreprises investir massivement dans la transition énergétique, les énergies renouvelables et anticiper les prochaines années à venir. Après tout, c'est logique, le changement climatique représente une menace existentielle pour ces dernières : avec le besoin de réduction drastique des émissions de gaz à effet de serre, l'industrie fossile est vouée à disparaître. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) appelle régulièrement à une baisse radicale de la consommation d'énergie fossile pour faire face au changement climatique (Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022; Pörtner et al., 2022). Même l'Agence internationale de l'énergie (IEA) considère que pour atteindre la carboneutralité d'ici 2050, il ne faudrait plus investir dans de nouveaux projets pétroliers (IEA, 2022, p. 121 et s.; IEA, 2021, p. 121 et s.). Et c'est aussi ce que semblent confirmer, de manière assez inédite, les nouveaux scénarios climatiques publiés par Shell ! Selon *Carbon Brief*, qui a exploité les dernières données publiées par la multinationale, le pic de production de pétrole et de gaz serait déjà passé en 2022 (Carbon Brief, 2023). Indirectement, cela signifie que *Shell* admet qu'il ne faudrait plus augmenter la production pour rester sur la trajectoire 1,5°C de l'Accord de Paris. Toutefois, dans les faits, la réalité semble bien différente.



**[155] Banques canadiennes et changement climatique.** La presse se fait régulièrement écho de nouveaux projets pétroliers en préparation ou en cours de construction : *Bay du Nord par Equinor* en 2022 (Proulx, 2022), *White Rose* par *Cenovus* en 2023 (Shields, 2023) – tous les deux au large des côtes de Terre-Neuve-et-Labrador – ou encore le projet de *TotalEnergies* en Ouganda (Rauline, 2023). La rentabilité des pétrolières attire les bailleurs de fonds, et ce, malgré l'impact climatique éminemment délétère, l'incompatibilité avec l'Accord de Paris et l'obsolescence programmée de ces entreprises. Ainsi, selon un rapport de *Banking on Climate Chaos*, la *Banque Royale du Canada* (RBC) serait le plus grand bailleur de fonds au monde avec 42 milliards de dollars pour l'année 2022 à destination de nouveaux projets pétroliers (*Rainforest Action Network* et al., 2023). Dans le top 15 de ces banques, cinq sont canadiennes et toutes appartiennent paradoxalement à l'alliance bancaire Net Zéro, initiative des Nations Uniesqui a pour objectif de réunir les banques engagées à aligner leurs portefeuilles vers une carboneutralité d'ici 2050.

**[156] Tragédie de l'horizon.** Cette situation illustre bien le dilemme inhérent aux entreprises pétrolières, entre recherche de profit sur le court terme, et besoin d'adaptation inévitable sur le long terme. Toutefois, dans cette situation, c'est le court terme qui l'emporte. Pourquoi investir dans la transition énergétique alors que nos sociétés sont encore largement dépendantes de l'énergie fossile (Brès et Marc, 2022; Malm et Dobenesque, 2017) et que cela est rentable ? C'est ce que l'ancien gouverneur de la Banque d'Angleterre et du Canada, Mark Carney, appelle la « tragédie

de l'horizon » : les catastrophes liées à la menace climatique ne se manifesteront que dans un futur lointain, bien au-delà de l'horizon des décideurs économiques et politiques actuels. Dès lors, il n'existerait aucune incitation à agir dans le présent, surtout quand les marchés financiers sont incapables de calculer ces risques survenant à long terme.

**[157] Importance de l'information climatique.** Pour briser cette tragédie et faire face à l'un des défis les plus complexes de notre siècle (Colmant, 2022), l'information est perçue comme une solution :

> With better information as a foundation, we can build a virtuous circle of better understanding of tomorrow's risks, better pricing for investors, better decisions by policymakers, and a smoother transition to a lower-carbon economy. By managing what gets measured, we can break the Tragedy of Horizon (Carney, 2015).

En effet, depuis plusieurs années maintenant sur les marchés financiers, une information fiable en lien avec le changement climatique est devenue de plus en plus cruciale (De Cambourg et Gardes, 2020). Du point de vue international, tout un processus de normalisation s'est mis en branle pour pouvoir permettre aux entreprises de communiquer sur leurs risques liés au changement climatique. Cette information se trouve communiquée dans les rapports périodiques des entreprises : rapport développement durable, rapport climatique, rapport intégré… Autrefois perçu comme un outil de communication, le changement climatique a changé la donne : l'information devient désormais stratégique[79].



**[158] Information climatique et gouvernance.** L'information climatique devient donc une composante de plus en plus importante pour l'entreprise puisqu'elle l'est pour les marchés financiers. Outre sa fonction classique d'information et de protection des investisseurs, elle est aussi un moyen de contrôler la gestion de l'entreprise : c'est sa fonction de gouvernance. Comme le rappelait le professeur Conac, une mauvaise gouvernance équivaut très souvent à une mauvaise prise en compte d'enjeux ESG (Conac, 2022), ce qui serait préjudiciable tant pour les actionnaires que pour les parties prenantes au sens large. Le conseil d'administration (CA) est l'organe de direction en charge de l'anticipation des risques et de la prise en compte du long terme. Son rôle par rapport au changement climatique est donc fondamental. Or, n'est-il pas parfois aussi un frein à la prise en compte de cet enjeu ? Le 9 février 2023, l'ONG *ClientEarth* a assigné le CA de *Shell* devant les tribunaux britanniques. Elle allègue que les administrateurs de *Shell* ont manqué à leur obligation, en vertu de la loi britannique sur les sociétés, de promouvoir le succès de *Shell* au profit de l'ensemble de ses membres et d'agir avec un soin, une compétence et une diligence raisonnables en omettant d'adopter et de mettre en œuvre une stratégie climatique conforme à l'Accord de Paris. Pour la première fois, les administrateurs sont poursuivis personnellement sur la base de la stratégie climatique d'une entreprise. Cependant, le 12 mai 2023, la *High Court of England and Wales* a débouté la demande de *ClientEarth* au motif qu'il n'y a pas assez de preuves suffisantes à l'encontre de *Shell* pour agir sur ce fondement. Néanmoins, il



79 Outre *RBC*, quatre autres banques sont dans le classement : la *Banque Scotia*, la *Banque TD*, la *Banque de Montréal*et la *CIBC*.

ne s'agit que de la première assignation en la matière, et dans le contexte actuel de juridicisation de la question climatique, il est fort probable que d'autres suivront.

**[159] Plan.** Au Canada, la gestion de l'information climatique par le CA est encore insuffisante – malgré le fait que cette information fasse pleinement partie du ressort de ce dernier (1.). Laissée pour compte, cette information climatique – ou l'absence d'information – peut alors servir d'appui pour évaluer la gouvernance de l'entreprise. Elle constitue donc ultimement un risque juridique à l'égard du CA et rappelle la fonction de gouvernance de l'information (2.). Les développements suivants n'effleureront que quelques principes généraux touchant à la gouvernance d'entreprise au Canada puisqu'il est impossible de les résumer en quelques pages sachant que les administrateurs sont soumis à toute une palette de sources juridiques : lois des sociétés par actions, droit des valeurs mobilières provincial, *Code civil du Québec* ou encore *common law.*

## 1. UNE PRISE EN COMPTE INSUFFISANTE DE L'INFORMATION CLIMATIQUE PAR LES CA CANADIENS

**[160]** Dans le cadre de la divulgation d'information d'une grande entreprise, le CA joue un rôle important (1.1). Pour le moment, même si dans les faits, il y a encore des progrès à réaliser (1.2).

### 1.1 LE RÔLE CLASSIQUE DU CA

**[161] Le rôle du CA**. Le rôle et les responsabilités des administrateurs ne cessent d'évoluer et deviennent de plus en plus complexes, notamment avec les problématiques liées au développement durable (Cuzacq et Lajili-Jarjir, 2020). Le CA d'une société est son organe décisionnel, c'est lui qui gère les affaires de la société et qui contribue à l'orientation stratégique de la société. Pour ce faire, il exerce toute une série de prise de décision et de contrôle sur la gestion des risques, sur la performance de l'entreprise, etc. (Létourneau, 2015, p. 71). C'est le CA, en lien avec la direction, qui prend toutes les décisions importantes et stratégiques touchant à l'entreprise. C'est aussi lui qui s'assure de l'intégrité de l'information sur les performances financières de l'entreprise. Au Canada, la gouvernance d'entreprise a plusieurs sources : lois des sociétés par actions, règlements et instructions générales des Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM), *Code civil du Québec*, etc.

**[162] La divulgation d'information.** Les administrateurs ont toute une série d'informations à publier comme la divulgation des conflits d'intérêts, divulgation de la rémunération ou encore divulgation des transactions importantes. L'administrateur canadien doit aussi allouer une attention particulière à l'information divulguée par l'entreprise. Au Canada, toute entreprise cotée est soumise à diverses obligations de divulgation d'information par le régulateur provincial en droit des valeurs mobilières (par exemple au Québec, l'Autorité des marchés financiers), par la législation applicable en fonction de la province où est incorporée l'entreprise, ou encore de la Bourse où est inscrite l'entreprise. Les administrateurs doivent notamment divulguer :

- les informations financières pertinentes, y compris les états financiers, les rapports annuels et les communiqués de presse;

- les risques associés aux activités de l'entreprise et les mesures prises pour les atténuer; et

- les politiques et les procédures en place pour gérer les risques et les conflits d'intérêts.

Ces obligations de divulgation visent à garantir la transparence et la responsabilité des administrateurs envers l'entreprise et ses parties prenantes. Toute cette information se retrouve dans l'information continue de l'entreprise, c'est-à-dire, l'information qui est divulguée régulièrement dans les états financiers, le rapport de gestion, mais aussi le rapport de développement durable.

**[163] Les devoirs fiduciaires.** Outre les obligations liées à l'information, les administrateurs doivent aussi respecter leurs devoirs fiduciaires. Le sujet est éminemment plus complexe et mérite des développements beaucoup plus approfondis (voir par exemple : Reiter et al., 2021). Très brièvement, les administrateurs sont des fiduciaires et doivent agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise et de ses actionnaires. S'ils ne remplissent pas leurs obligations, ils peuvent être tenus responsables de leurs actes ou omissions.

Les administrateurs doivent notamment :

- agir dans l'intérêt de l'entreprise et non pour leur propre compte ou celui d'autres personnes ou groupes (devoir de loyauté) ;

- prendre des décisions éclairées et en temps opportun, en utilisant les informations nécessaires pour évaluer les risques et les avantages (devoir de diligence et de prudence);

- doivent veiller à ce que les états financiers soient exacts et complets.

Ainsi, que ce soit au niveau de la divulgation d'information et du respect des devoirs fiduciaires, il serait facilement possible de ranger l'information climatique sous la bannière des administrateurs et donc, d'une certaine prise en compte de cette information par l'entreprise. Or, il semblerait que les entreprises canadiennes soient encore en retard sur le sujet.

### 1.2 LES ENTREPRISES CANADIENNES À LA TRAÎNE SUR LE PLAN DE LA DIVULGATION

**[164]** Les administrateurs ont donc, *via* leurs rôles classiques de surveillance et d'obligation d'information, une responsabilité dans la divulgation d'information de l'entreprise en lien avec le changement climatique. Cependant, plusieurs études montrent qu'au Canada, les entreprises sont encore largement en retard.

**[165] Le retard canadien.** Plusieurs études récentes soulignent le retard canadien en la matière (PWC, 2022; Millani, 2022). Les entreprises canadiennes abordent plus sérieusement la question des rapports ESG, mais ne sont pas préparées aux prochaines exigences en matière de rapports climatiques comme le préconise par

exemple la *Task Force on Climate-Related Financial Disclosures* (TCFD). De nombreuses entreprises canadiennes traiteraient encore les rapports ESG et les rapports financiers comme des processus distincts, ce qui limite leur capacité à créer de la valeur grâce à des rapports intégrés. Une étude de 2017 pointait déjà du doigt la faible prise en compte du risque climatique de la part du CA de grandes entreprises canadiennes (*Carbon Disclosure Project* et *Climate Disclosure Standards Board,* 2018) : seul un CA[80] sur dix dispose d'incitations monétaires ou non monétaires liées aux progrès réalisés par rapport aux objectifs liés au climat et seuls 68 % des entreprises du Canada exercent une surveillance au niveau du CA, contre 95 % des entreprises de France, d'Allemagne et du Royaume-Uni. Cette faible prise en compte par le CA a un impact logique sur la divulgation d'information de l'entreprise. Malgré la confiance croissante des investisseurs dans les rapports ESG, plusieurs données montrent que des progrès sont encore à effectuer. Ainsi, en 2023 :

- 77 % des entreprises ne publient pas de rapport du TCFD, considéré comme étant le strict minimum en termes de divulgation d'information lié au climat, d'autant plus que ce standard est de plus en plus intégré dans les législations notamment européennes ;

- 38 % des entreprises n'intègrent pas leurs rapports en combinant les rapports financiers avec les informations ESG et la gestion des risques ;

- 59 % des entreprises se contentent de parler de leurs performances positives, manquant ainsi l'occasion d'instaurer un climat de confiance avec les parties prenantes grâce à des rapports ESG équilibrés et vérifiables. Cela pose aussi le risque de *greenwashing* ;

- 73 % des entreprises canadiennes n'obtiennent pas d'assurance externe pour leurs rapports ESG, ce qui limite forcément la crédibilité de leurs rapports.

**[166] Les pistes d'amélioration.** Pour faire évoluer les pratiques, plusieurs solutions existent, soit au niveau de la gouvernance, soit au niveau de l'information publiée. Sur la gouvernance, il serait par exemple possible de s'intéresser à la compétence et à la composition des membres du CA en y intégrant des profils plus sensibles à la question climatique ou même envisager la création d'un comité sur des questions plus spécifiques en lien avec le climat. La structure du CA ainsi que les connaissances et les compétences de ses membres permettraient une surveillance appropriée des questions de changement climatique (CPA Canada, 2017, p. 38). Aussi, la mise en place de protocole dans la récolte d'information ou encore la mise en place d'un système de rémunération pourrait favoriser l'intégration des questions liées au changement climatique (Borduas et al., 2021). Le CA devrait attendre du comité de rémunération qu'il aligne les incitations à court et à long terme de la direction sur la réalisation des objectifs, y compris ceux liés à la gestion des questions de changement climatique, considérés comme des facteurs clés de la création de valeur. Sur l'information, les administrateurs doivent se poser les bonnes questions : les

80 La Cour suprême du Canada dans la décision *Peoples Department Stores Inc* de 2004 a estimé que l'obligation fiduciaire exige des administrateurs et des dirigeants qu'ils agissent honnêtement et de bonne foi dans l'intérêt de la société.

informations fournies par la société présentent-elles fidèlement les informations dont les investisseurs ont besoin pour évaluer l'impact du changement climatique sur les performances et les perspectives de la société (CPA Canada, 2017, p. 31) ? Pour ce faire, il est aussi possible de s'inspirer de ce qui se fait ailleurs, notamment en Europe, puisque la pression réglementaire y est beaucoup plus importante et que les entreprises publient déjà sur le sujet depuis de nombreuses années. Ces pistes d'amélioration pourront aussi éviter certains risques juridiques en lien avec l'information climatique. En effet, ce décalage entre le duo devoirs fiduciaires – obligation d'information qui doit être respectée par l'administrateur canadien et l'état actuel de la divulgation d'information en lien avec le climat pose question et peut mener à un réel risque juridique pour l'administrateur et l'entreprise.

## 2. UN RISQUE JURIDIQUE LIÉ À L'INFORMATION CLIMATIQUE DE PLUS EN PLUS PRÉGNANT

**[167]** Le manque de divulgation d'information en lien avec le climat peut provoquer des risques extrajuridiques envers l'entreprise comme un risque de réputation ou un risque de marché (désinvestissement). Sur le plan juridique, les actionnaires peuvent agir afin de tenir les administrateurs responsables de la manière dont ils gèrent les affaires de la société – avec le vote des actionnaires – en tenant compte des performances de la société. Il est possible d'évoquer deux fondements principaux en lien avec l'administrateur : les devoirs fiduciaires de l'administrateur (2.1) et celui en lien avec l'information climatique divulguée par l'entreprise (2.2).



### 2.1 LE RISQUE JURIDIQUE LIÉ AUX DEVOIRS FIDUCIAIRES DES ADMINISTRATEURS

**[168]** Si une entreprise devait divulguer les risques climatiques importants auxquels elle est confrontée et que le CA ne prenait pas en compte ces risques dans sa prise de décision, le conseil pourrait s'exposer à un risque de litige pour n'avoir pas agi dans l'intérêt de l'entreprise. Les administrateurs pourraient être accusés de ne pas avoir agi au mieux des intérêts de l'entreprise s'ils ont fait des déclarations trompeuses ou n'ont pas mis en place un système permettant à l'entreprise de se conformer aux exigences en matière de divulgation d'informations. Les administrateurs sont également soumis à l'obligation d'agir avec soin, compétence et diligence; la question de savoir s'ils ont agi de la sorte est déterminée sur une base objective, le tribunal décidant s'ils ont fait ce qu'un « administrateur raisonnable » aurait fait. Il est important de rappeler que la Cour suprême du Canada a reconnu que les administrateurs et les dirigeants doivent tenir compte des intérêts à long terme de l'entreprise (*BCE Inc. c. 1976 Debentureholders* de 2008). En effet, certains auteurs soulignent que compte tenu des obligations d'information croissante concernant les risques climatiques, les administrateurs doivent veiller à prendre en compte ces risques pour s'acquitter de leurs obligations à l'égard de l'entreprise (Sarra, 2021; Sarra et Williams, 2018). Ainsi, l'information climatique pourrait permettre d'engager la responsabilité des administrateurs sur le fondement de leurs devoirs fiduciaires. Même si aucun litige n'a pas encore abouti sur ce fondement, l'assignation récente des administrateurs de *Shell* auraient pu marquer le début d'un mouvement vers l'intégration de ces questions climatiques dans les devoirs fiduciaires des administrateurs canadiens. En effet, dans une décision récente (*ClientEarth v. Shell*

*Plc & Ors*, 2023), l'Honorable Justice Trower a débouté la demande de l'ONG aux motifs qu'elle n'avait pas fourni de preuves suffisantes pour établir que la gestion était défectueuse au point de signifier que les administrateurs n'avaient pas agi dans l'intérêt de leurs membres. Il est possible de faire le parallèle en droit canadien du principe bien connu de la règle de l'appréciation commerciale : si un conseil d'administration agit de bonne foi et en connaissance de cause, il bénéficie d'une certaine liberté et est présumé avoir agi dans le meilleur intérêt de la société et de ses actionnaires. Ainsi, il est impossible d'engager la responsabilité de l'administrateur puisqu'il a agi avec un certain degré de diligence. Cependant, l'un des commentaires du juge concerne également le fait que très peu d'actionnaires étaient représentés à travers cette demande – *ClientEarth* ne disposant que de 27 actions – ce qui laisse la porte ouverte au fait qu'avec un nombre plus important d'actionnaires, la demande aurait pu avoir plus d'effet, notamment avec l'appui d'investisseur institutionnel. Au final, même si cette action a un impact juridique limité, elle peut inspirer d'autres actions se fondant sur la responsabilité des administrateurs dans un contexte de juridicisation de la lutte contre le changement climatique et souligne l'importance de cette problématique en tant que risque. L'information climatique touche tant aux devoirs fiduciaires classiques de diligence et de prudence qu'aux états financiers, puisque l'information climatique peut avoir un impact financier : c'est également sur ce fondement qu'une entreprise pourrait voir sa responsabilité engagée.

## 2.2 LE RISQUE JURIDIQUE LIÉ À L'INFORMATION CLIMATIQUE

**[169]** L'une des questions que le CA doit se poser est la suivante : comment la matérialité des questions liées au changement climatique est-elle évaluée et les informations fournies dans les états financiers et le rapport de gestion sont-elles cohérentes avec cette évaluation ?

**[170] Le concept changeant de « matérialité ».** La détermination de la « matérialité » ou de « l'importance relative », selon le vocabulaire en vigueur au Canada, est importante. Cela permet de sélectionner les informations à publier ou non sur les risques et les impacts du changement climatique. Les administrateurs doivent s'assurer que le processus de détermination de l'importance relative mis en place par la direction est solide et justifiable. En effet, du point de vue du droit des valeurs mobilières, ce concept de matérialité est primordial. En Amérique du Nord, la jurisprudence a façonné et affiné la définition de la matérialité (Hazen, 2021). Ainsi, « [a] matter is 'material' if there is a substantial likelihood that a reasonable person would consider it important » (Securities and Exchange Commission, 1999). Au Canada et au Québec, en plus de la jurisprudence, ce sont les règlements et instructions qui renvoient expressément à l'information importante lorsque la communication du rapport de gestion ou de la notice est imposée. Dans le cadre des marchés financiers, la question est donc de savoir si un investisseur raisonnable aurait considéré l'information

comme importante ou non[81]. Même si actuellement, il existe des difficultés entourant la signification de la matérialité face aux enjeux de l'information climatique, ce concept souple de matérialité pourrait permettre l'intégration d'information en lien avec le climat, et donc provoquer des risques juridiques.

**[171] Le risque juridique lié à une information climatique « importante ».** Théoriquement, si une information considérée comme matérielle par le juge n'est pas divulguée, l'entreprise pourrait se voir sanctionner. Que ce soit en Amérique du Nord ou en Europe, deux grands facteurs se retrouvent généralement dans la détermination de cette information matérielle : l'effet sur le prix et le destinataire de l'information, plus souvent associé à l'« investisseur raisonnable ». Ce concept de matérialité, propre au droit des valeurs mobilières, pourrait être considéré comme une porte d'entrée de responsabilisation des entreprises, notamment en matière climatique. Elle permettrait non seulement de mieux responsabiliser les entreprises face à ces enjeux, mais aussi de protéger les investisseurs qui peuvent subir économiquement la non-divulgation d'informations pertinentes liées au changement climatique. L'entreprise pourrait se voir sanctionner, ce qui poserait évidemment la question de la responsabilité des administrateurs dans la surveillance et la communication de ces informations en lien avec le climat. Que ce soit du point de vue des devoirs fiduciaires ou du droit des valeurs mobilières, l'entreprise et l'administrateur sont de plus en plus à risque face à l'information climatique. Pour y faire face, il doit rattraper son retard et mettre en place les mécanismes de gouvernance nécessaire pour mieux intégrer et divulguer cette information.



## CONCLUSION

**[172]** Les administrateurs canadiens doivent agir honnêtement et de bonne foi dans l'intérêt de la société et faire preuve de prudence, de diligence et de compétence. L'information climatique peut engager la responsabilité des administrateurs sur le fondement des devoirs fiduciaires, mais aussi sur celui de la divulgation d'information. Sur la scène internationale et nationale, la pression réglementaire s'accentue, ne laissant que peu de doute sur l'apparition de litiges en lien avec le changement climatique. Pour y faire face, il est temps que les administrateurs rattrapent leur retard dans la divulgation d'information et mettent en place des mécanismes permettant de surveiller cette problématique qui deviendra un enjeu inévitable, voire existentiel, pour de nombreuses entreprises d'ici les prochaines années.



81 Au Canada, le *reporting* extrafinancier est surtout perçu à travers le prisme des valeurs mobilières et du « fait important » (voir l'article 5 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1). L'intérêt étant surtout d'informer les investisseurs sur leurs risques, seule l'information « dont il est raisonnable de s'attendre qu'[elle] aura un effet appréciable sur le cours ou la valeur d'un titre émis ou d'un titre dont l'émission est projetée » se révèle importante. Au Québec par exemple, la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit toute une palette de sanction administrative, civile ou pénale. Le *reporting* climatique est assimilé à l'information continue des émetteurs assujettis dans un marché secondaire. Dans ce cadre, la principale sanction est la responsabilité civile statutaire prévu à l'article 225.2 et s. de la LVM (l'article 196 peut aussi être mobilisé dans le cadre d'une sanction administrative par l'AMF). Les documents d'information continue ou toute communication d'un émetteur assujetti ne doivent pas contenir d'informations fausses ou trompeuses sous peine de sanction. La notion de fait important permet alors de qualifier l'information. Ici, le recours civil du marché secondaire se limite à des dommages et intérêts.

## BIBLIOGRAPHIE

*Banking On Climate Chaos : Fossil Fuel Finance Report*, 2023, en ligne : <https://priceofoil.org/content/uploads/2023/04/BOCC_2023_vFinal.pdf>.

BORDUAS, C.-E., T. DORVAL, A. BERNASCONI, et S. DOYLE, « ESG : ce que les conseils d'administration devraient faire maintenant », *Norton Rose Fulbright*, 16 août 2021, en ligne : <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/bed17bb0/esg-ce-que-les-conseils-dadministration-devraient-faire-maintenant>.

BRES, A., et C. MARC, *Tout comprendre (ou presque) sur le climat*, Paris, CNRS éditions, 2022.

CARBON BRIEF, *Analysis : Shell Admits 1.5C Climate Goal Means Immediate End to Fossil Fuel Growth*, 2023, en ligne : <https://www.carbonbrief.org/analysis-shell-admits-1-5c- climate-goal-means-immediate-end-to-fossil-fuel-growth/>.

CARNEY, M., *Breaking the Tragedy of the Horizon – Climate Change and Financial Stability* [Discours], 29 septembre 2015, en ligne : <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2015/breaking-the-tragedy-of-the-horizon- climate-change-and-financial-stability>.

CARBON DISCLOSURE PROJECT et CLIMATE DISCLOSURE STANDARDS BOARD, *Ready or not : Are Companies Prepared for the TCFD Recommendations ?* (2018), en ligne : <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/003/116/original/TCFD-Preparedness-Report.pdf?1521558217>.

*CLIENTEARTH v. SHELL PLC & ORS* (Re Prima Facie Case) [2023] EWHC 1137 (Ch), 2023, en ligne : <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2023/1137.html>.

CPA CANADA, *Climate Change Briefing : Questions for Directors to Ask*, en ligne : <https://www.cpacanada.ca/en/business-and-accounting-resources/strategy-risk-and-governance/corporate-governance/publications/climate-change-questions-directors-should-ask>.

COLMANT, B., « Le capitalisme néolibéral n'est plus compatible avec le défi climatique », *La Libre*, 7 août 2022, en ligne : <https://www.lalibre.be/debats/opinions/2022/08/07/le- capitalisme-neoliberal-nest-plus-compatible-avec-le-defi-climatique-INNZVTOFBRHUHMHJD2ZQKDA3WA/>.

CONAC, P.-H., « The EU Sustainability Agenda and its Possible Impact on Directors' Duties and liabilities » [Conférence], dans *Corporate Purpose in the Digital Era: Towards Revisiting the Directors' Duties and Liabilities*, Zagreb, Croatie, 24 novembre 2022.

CUZACQ, N. et S. LAJILI-JARJIR, « Gouvernance et développement durable », dans H. BOUTHINON-DUMAS, B. FRANÇOIS, A.-C. MULLER et F. ANNUNZIATA (dir.), *Finance durable et droit : Perspectives comparées*, Paris, IRJS Éditions, 2020, p. 293.

DE CAMBOURG, P. et C. GARDES, « La donnée extra-financière comme prérequis au développement d'une finance durable », (2020) 2:138 *Revue d'économie financière* 193-208.

HAZEN, T. L., « Social Issues in the Spotlight : The Increasing Need to Improve Publicly- Held Companies' CSR and ESG Disclosures », (2021) 23:3 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 740-796.

HUSSON-TRAORE, A.-C, « Profits records des pétroliers : leurs actionnaires face aux contradictions entre climat et performances financières », *Novethic*, 9 février 2023, en ligne : <https://www.novethic.fr/actualite/economie/isr-rse/profits-records-des-petroliers-leurs- actionnaires-face-aux-contradictions-entre-climat-et-performances-financieres-151340.html?_gl=1%2A1ba72cq%2A_ga%2AMTI0NjU1NjM3Ni4xNjgwODkzMjQ3%2A_ga_FVLX79JNXC%2AMTY4MjQ0MjE4MS4zLjEuMTY4MjQ0MjE4Ny4wLjAuMA..&cHash=17362e99d926d6a8a71542eeb010cb6e>.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, *Global Warming of 1.5°C: IPCC Special Report on impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels in context of strengthening response to climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, Cambridge University Press, 2022.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA), *World Energy Outlook 2022*, en ligne : <https://iea.blob.core.windows.net/assets/830fe099-5530-48f2-a7c1-11f35d510983/WorldEnergyOutlook2022.pdf>.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA), *World Energy Outlook 2021*, en ligne : <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2021>.

IPCC, *AR6 Synthesis Report : Climate Change 2023*, 2023, en ligne : <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>.

KPMG, *Big Shifts, Small Steps : Survey of Sustainability Reporting 2022*, 2022.

LETOURNEAU, E., *La gouvernance d'entreprise : aspects juridiques et pratiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

MALM, A. et É. DOBENESQUE, *L'anthropocène contre l'histoire : le réchauffement climatique à l'ère du capital*, Paris, la Fabrique éditions, 2017.

MILLANI, *Millani's 6th Annual ESG Disclosure Study : A Canadian Perspective*, 2022, en ligne : <https://www.millani.ca/_files/ugd/66e92b_2c1bd3057d5b435c9e651417b4eac342.pdf>.

PÖRTNER, H.-O., D. C. ROBERTS, K. MINTENBECK, et M.M.B. TIGNOR, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC, Cambridge University Press, 2022.

PROULX, B., « Une approbation définitive de Bay du Nord, avec un bémol », *Le Devoir*, 14 juillet 2022, en ligne : <https://www.ledevoir.com/environnement/733194/est-ce-que-le- gouvernement-federal-pourrait-reculer-dans-sa-decision-d-approuver-le-projet-bay-du-nord>.

PWC, *2023 Canadian ESG Reporting Insights*, 2023.

RAULINE, N., « Les projets de *TotalEnergies* en Ouganda passent devant la justice », *Les Echos.fr*, 27 février 2023, en ligne : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/les-projets- de-totalenergies-en-ouganda-passent-devant-la-justice-1910131>.

REITER, B. J., G. S. A. SOLWAY, et J. G. MAURIER, *Directors' Duties in Canada*, LexisNexis Canada, 2021.

SARRA, J., *Duty to Protect : Corporate Directors and Climate-Related Financial Risk*, C.D. Howe, 2021, en ligne : <https://www.cdhowe.org/public-policy-research/duty-protect-corporate-directors-and-climate-related-financial-risk>.

SARRA, J., et C. WILLIAMS, « Directors' Liability and Climate Risk », *Commissioned Reports, Studies and Public Policy Documents* Paper 205, 2018, en ligne : <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/reports/205>.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Materiality. Staff Accounting Bulletin nº 99*, *17 CFR Part 211* ([Release *nº* SAB 99]), 1999, en ligne : <https://www.sec.gov/interps/account/sab99.htm>.

SHIELDS, A., « Un projet pétrolier terre-neuvien pourrait produire 436 millions de barils de pétrole », *Le Devoir*, 24 janvier 2023, en ligne : <https://www.ledevoir.com/environnement/778996/environnement-un-projet-petrolier- terre-neuvien-pourrait-produire-436-millions-de-barils-de-petrole>.

TCFD, *Ready or Not: Are Companies Prepared for the TCFD Recommendations ?*, 2017.

# QUELLES PERSPECTIVES POUR DES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT SOUTENABLES ? L'EXEMPLE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE DURABILITÉ ET MODIFIANT LA DIRECTIVE (UE) 2019/1937

Juliette CAMY[82]



82 ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas (France). Ce texte a été écrit en juillet 2022.

## RÉSUMÉ

Actuellement, de nouvelles perspectives pour des chaînes d'approvisionnement soutenables se dessinent au sein de l'Union européenne. Le 23 février 2022, la Commission européenne publiait une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Cette Proposition se situe dans la droite ligne de la loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre adoptée en 2017. Mais elle comporte également quelques innovations notables par rapport à la loi française. Cette dernière prévoit un mécanisme à *double* détente, envisageant successivement prévention des risques et sanction des atteintes. Ici, des mesures d'aide et d'accompagnement des entreprises complètent des prévisions enrichies relatives à la prévention et la sanction, au sein d'un mécanisme à *triple* détente.

## INTRODUCTION

**[173]** Selon une estimation livrée dans le cadre du Pacte mondial des Nations Unies, environ 80 pour cent du commerce mondial transite par des chaînes d'approvisionnement mondiales, faisant de celles-ci « l'un des leviers les plus importants permettant aux entreprises de créer un impact positif dans le monde » (Sisco, Chorn, Pruzan-Jorgensen et al., 2015, p. 3). La mobilisation de ce levier passe, depuis quelques années, par le développement du devoir de vigilance, ou de diligence, de l'acheteur principal à l'égard de son système d'approvisionnement (Nutz et Sievers, 2017)[83]. À l'échelle internationale, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, édictés par les Nations Unies, et les Principes directeurs pour les entreprises multinationales, édictés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), prévoient tous deux l'exercice par les entreprises d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme. Cependant, ces Principes n'ont qu'une valeur incitative et ne sont pas juridiquement sanctionnés.

**[174]** À la suite de l'adoption de ces Principes, et face aux catastrophes telles que l'effondrement du Rana Plaza au Bangladesh en 2013 (Hatchuel, 2013), la nécessité d'une réponse plus ferme aux atteintes par les entreprises aux droits fondamentaux et à l'environnement s'est affirmée. Les acteurs de la société civile se sont mobilisés dans de nombreux pays[84] et ont exercé une pression à agir sur les décideurs politiques. Des recours devant les juridictions ont été diligentées, notamment aux Pays-Bas et au Royaume-Uni[85]. En France, la Loi sur le devoir de vigilance[86] constitue une initiative essentielle en faveur du développement de chaînes d'approvisionnement mondiales soutenables.



**[175]** Au niveau de l'Union européenne, le Commissaire à la Justice, Didier Reynders, a annoncé le 29 avril 2020 qu'une législation européenne sur le devoir de vigilance des sociétés allait bientôt voir le jour (European Parliament Working Group on Responsible Business Conduct, 2020). Afin de préparer cette législation, la Commission a commandé une étude relative à la diligence dans les chaînes de valeur (British Institute of International and Comparative Law, Civic Consulting, LSE, Direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission européenne, 2020) et une étude sur les devoirs de directeurs et la gouvernance d'entreprise soutenable (Ernst & Young, 2020). En octobre 2020, la Commission a inscrit un projet de législation sur la gouvernance d'entreprise soutenable à son programme de travail pour 2021 (Commission européenne, 2020). Aucun projet n'a été publié en 2021, alors que les prises de position et campagnes de lobbying des différentes parties prenantes se



83 Les concepts de chaîne d'approvisionnement et de chaîne de valeur peuvent être distingués. Les chaînes d'approvisionnement : « se concentrent souvent sur la logistique d'un système d'approvisionnement », du point de vue d'un acheteur principal, tandis que le concept de chaîne de valeur offre un aperçu plus général de activités et « englobe la productivité, la croissance et la création d'emplois dans le système de marché ».

84 Les mobilisations se sont coordonnées au niveau européen au sein de l'*European Coalition for Corporate*, en ligne : <https://corporatejustice.org>.

85 Aux Pays-Bas, voir les poursuites engagées contre la société *Royal Dutch Shell* pour demander réparation pour des dommages environnementaux causés par des pollutions aux hydrocarbures (*Gerechtshof Den Haag* (Cour d'appel de la Haye), aff. n° 200.126.843/01; 200.126.848/01, 29/01/2021); et en matière de pollution de l'air (*Rechtbank Den Haag* (Tribunal de district de la Haye), équipe commerce, *Associations Vereniging Milieudefensie, Greenpeace Pays-Bas, Actionaid c. Royal Dutch Shell,* C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26 mai 2021). Au Royaume-Uni, voir les décisions récentes de la Cour suprême du Royaume-Uni : *Vedanta c. Lungowe (Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres,* [2019] UKSC 20) et *Okpabi c. Shell (Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3). Pour une approche comparée, voir Bright, 2019.

86 *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017* relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JORF, n° 0074, 28 mars 2017.

multipliaient (Gualandi, 2022, p. 81 et s.). Le Parlement européen a adopté le 10 mars 2021 une résolution contenant ses recommandations afin de soutenir le mouvement en faveur de l'adoption d'une législation européenne (Parlement européen, 2021). **Une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises a finalement été publiée par la Commission européenne le 23 février 2022** (ci-après : la « Proposition ») (Commission européenne, 2022). L'on y décèle l'influence notable de la loi française sur le devoir de vigilance. Mais la Proposition innove aussi à plusieurs égards.

**[176]** Dans la perspective du développement de chaînes d'approvisionnement soutenables, la Proposition dessine les contours d'un mécanisme à triple détente : obligations, accompagnement et sanctions. Pour ce faire, elle prévoit d'abord l'exercice par les entreprises d'un devoir de vigilance qui se traduit par des obligations d'identification, de prévention et de remédiation des risques (1.). Elle prévoit ensuite des mesures d'accompagnement des entreprises visées dans la mise en œuvre de ces obligations par des autorités nationales (2.). Enfin, en cas de manquement aux obligations de vigilance, diverses modalités de sanctions sont envisagées (3.).

## 1. OBLIGATIONS DES ENTREPRISES

### 1.1 ENTREPRISES VISÉES PAR LES OBLIGATIONS

**[177]** La Proposition de directive européenne se situe dans la même dynamique que la Loi sur le devoir de vigilance. **Seules les plus grandes entreprises devront exercer un devoir de vigilance**. Le nombre de salariés est le critère central de détermination des sociétés visées.

**[178]** En droit français, les sociétés visées par le texte de loi sont celles d'une taille importante[87]. Le devoir de vigilance concerne les sociétés qui emploient au moins cinq mille salariés en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes en France, ou au moins dix mille salariés en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes en France ou à l'étranger[88].

**[179]** L'exclusion des petites et moyennes sociétés est une restriction reprise par la Proposition de directive européenne. Les sociétés visées sont celles « constituées conformément à la législation d'un État membre » (Commission européenne, 2022, article 2.1). Ces sociétés doivent en principe compter plus de 500 salariés et réaliser un chiffre d'affaires mondial net de plus de 150 millions d'euros au cours du dernier exercice financier. Si ce critère n'est pas rempli, une société pourra être visée si elle compte plus de 250 salariés et a réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de 40 millions d'euros au cours du dernier exercice financier. Elle devra également réaliser au moins 50 % de son chiffre d'affaires dans un ou plusieurs secteurs à risque cité par le

87 Voir l'article L. 225-102-4 I C. Com.

88 L'interprétation de ce passage a été discutée par la doctrine. Voir notamment, Schiller, 2017). Elle a été clarifiée par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la Loi sur le devoir de vigilance : « En vertu du paragraphe I sont soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance les sociétés ayant leur siège social en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères » (Cons. const., n° 2017-750 DC, 23/03/2017, considérant 3).

texte. Il s'agit de l'industrie textile, de l'agriculture, ou encore de l'extraction de ressources minérales[89].

**[180]** Par ailleurs, la Proposition vise également les sociétés d'un pays tiers, pourvu qu'elles opèrent au sein de l'Union européenne. Il s'agit d'un élément central pour l'effectivité des obligations. Ces sociétés devront remplir l'une des conditions suivantes : avoir généré un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros au sein de l'Union au cours de l'exercice précédant le dernier exercice; ou avoir réalisé un chiffre d'affaires inférieur, mais excédant les 40 millions d'euros, dans l'Union, à condition qu'au moins 50 % de son chiffre d'affaires mondial net ait été réalisé dans un ou plusieurs des secteurs à risque précités[90]. Une telle prévision pourrait permettre de généraliser l'application du devoir de vigilance aux grandes sociétés au sein de l'Union européenne, alors que la loi française cantonne son application aux seules sociétés françaises.

### 1.2 CHAMP D'APPLICATION DES OBLIGATIONS

**[181] Le devoir de vigilance français s'exerce au sein des relations commerciales nouées dans le cadre des chaînes d'approvisionnement**. Sont inclus les groupes de sociétés et les relations avec des partenaires commerciaux.

**[182]** En droit français, le champ d'application inclut les sous-traitants et les fournisseurs, dans la mesure où l'entreprise donneuse d'ordres entretient avec eux une relation commerciale établie, conformément à l'article L. 225-102-4, I du *Code de commerce*[91]. Sur le modèle du droit français, la *Proposition de directive sur le devoir de vigilance* formulée par la Commission européenne prévoit que :

> […] les entreprises devraient prendre des mesures appropriées pour fixer et faire respecter des mesures de vigilance en ce qui concerne **leurs propres activités**, les activités de leurs filiales et les opérations réalisées par des entités de leur chaîne de valeur avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale directe ou indirecte bien établie. (Commission européenne, 2022, point 15, p. 36).

**[183]** Ces relations sont définies comme « des relations commerciales, directes et indirectes, qui sont ou devraient être durables, compte tenu de leur intensité et de leur durée, et qui ne constituent pas une partie négligeable ou accessoire de la chaîne de valeur » (Commission européenne, 2022, point 20, p. 38[92]. La durabilité du lien commercial repose sur une réévaluation annuelle des relations) par la société[93]. En outre, la relation commerciale directe établie d'une société permet de présumer que les relations commerciales indirectes qui y sont reliées sont également établies à l'égard de

89 Article 2.1.

90 Article 2.2.

91 Le texte de loi renvoie ici à l'article L. 442-1 II du même Code relatif à l'engagement de la responsabilité de celui qui rompt brutalement une relation commerciale établie.

92 À ce sujet, voir : Shift Project, 2022.

93 Commission européenne, 2022, point 20, p. 38.

cette société[94]. Au bilan, en droit français comme dans la Proposition, **l'exigence de relations commerciales « établies » est une restriction importante à l'extension du périmètre de la vigilance dans les chaînes d'approvisionnement.**

### 1.3 CONTENU DES OBLIGATIONS

**[184]** Selon une dynamique de corégulation (Sachs, 2017, p. 380 et s.), le législateur reconnaît un rôle central à la société commerciale dans sa propre régulation, en tant que première concernée et en tant que sachant. La loi française précise les objectifs d'identification et de prévention des risques, le recours au plan de vigilance et liste les mesures de vigilance qui doivent figurer dans ce plan[95]. Les mesures de vigilance raisonnable sont listées mais ne sont pas détaillées. La société visée par les obligations d'élaboration et de mise en œuvre du plan est « libre pour établir les processus de vigilance » (Peskine, 2016) et « pour la détermination de son contenu » (Moreau, 2017).

**[185]** La Proposition se situe dans cette même dynamique. Elle commence par présenter les objectifs du devoir de vigilance. De façon comparable au devoir de vigilance en droit français, le mécanisme vise à identifier et à prévenir les risques, à remédier aux incidences négatives existantes, à prévoir un mécanisme de traitement des plaintes, à assurer le suivi des mesures et à rendre public la politique de la société (Commission européenne, 2022, article 4.1). La Proposition prévoit aussi l'établissement d'une « politique de diligence raisonnable » (Commission européenne, 2022, article 5.1) au sein de la société. L'article 5 propose une liste sommaire des éléments de cette politique :

- une « description de l'approche de la société, y compris à long terme, en matière de devoir de vigilance » (Commission européenne, 2022, article 5.1) ;
- un « code de conduite décrivant les règles et principes à suivre par les salariés et les filiales de l'entreprise » (Commission européenne, 2022, article 5.1) ;
- et une « description des procédures mises en place pour mettre en œuvre le devoir de vigilance, y compris les mesures prises pour vérifier le respect du code de conduite et étendre son application aux relations commerciales bien établies » (Commission européenne, 2022, article 5.1).

**[186]** Les **liens entre devoir de vigilance et engagements volontaires** apparaissent nettement à la lecture des termes choisis : « code de conduite » ou encore « politique de diligence raisonnable », rappelant les politiques de responsabilité sociale des entreprises (RSE) (Commission européenne, 2022, article 5.1).

**[187]** Si le contenu des obligations est généralement commun au devoir de vigilance français et européen, une nouveauté est néanmoins à signaler : les entreprises devront concevoir un plan de lutte contre le changement climatique afin que leur modèle et leur

94 Commission européenne, 2022, point 20, p. 38.

95 Il doit ainsi s'agir d'une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulière, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, d'un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements, et d'un dispositif de suivi des mesures. Voir l'article L. 225-102-4 I C. Com.

stratégie soient « compatibles avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris » (Commission européenne, 2022, article 15). Dans cette optique, **la lutte contre le changement climatique devra inévitablement constituer une des boussoles importantes de l'organisation des chaînes d'approvisionnement des entreprises**. Elle devra également signifier la mise en œuvre de nouveaux objectifs de réduction des émissions, le cas échéant à l'échelle transnationale.

**[188]** Dans la mise en œuvre de ses objectifs en matière climatique, et plus généralement dans l'exercice de son devoir de vigilance, il est prévu par la Proposition que les entreprises bénéficient de mesures d'accompagnement.

## 2. ACCOMPAGNEMENT DES ENTREPRISES

**[189]** Différents dispositifs d'aide et d'accompagnement ont été prévus pour guider et soutenir les déploiements du devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement.

**[190]** Tout d'abord, la Proposition de directive se distingue des prévisions du droit français en insistant largement sur **le recours aux clauses contractuelles** pour mettre en œuvre le devoir de vigilance dans les chaînes de valeur. **Le respect des obligations de prévention a vocation à être contractualisé au sein des chaînes d'approvisionnement.** La Commission prévoit d'adopter des clauses contractuelles types. L'objectif est de faciliter l'obtention de garanties contractuelles de la part des partenaires commerciaux directs avec lesquels l'entreprise entretient une relation commerciale établie en matière de prévention et de remédiation des incidences négatives réelles des entreprises[96].

**[191]** Ensuite, la Commission prévoit de publier des lignes directrices à destination des entreprises pour les aider à « s'acquitter de leurs obligations en matière de devoir de vigilance » (Commission européenne, 2022, article 13). Elle n'exercerait pas cette mission seule, mais « en concertation avec les États membres et les parties prenantes, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'Agence européenne pour l'environnement et, le cas échéant, des organismes internationaux disposant d'une expertise en matière de devoir de vigilance » (Commission européenne, 2022, article 13).

**[192]** Enfin, le rôle des États membres est aussi envisagé dans l'optique de fournir des informations et d'apporter un soutien aux entreprises et à ses partenaires commerciaux dans la mise en œuvre des obligations. L'élaboration de « mesures d'accompagnement » (Commission européenne, 2022, article 14), pouvant prendre diverses formes – « des sites Web, des plateformes ou des portails dédiés » (Commission européenne, 2022, article 14) –, est suggérée. Si, malgré cet accompagnement, la démarche de l'entreprise s'avère insuffisante, des sanctions devront être prononcées.

96 COMMISSION EUROPÉENNE, 2022, article 12. Cet article renvoie à l'article 7, paragraphe 2, point b) sur la prévention et à l'article 8, paragraphe 3, point c) sur la remédiation.

## 3. SANCTIONS

**[193]** En matière de sanctions, la Loi sur le devoir de vigilance offre la possibilité d'agir avant même la survenance de dommages. Il est d'abord possible de mettre en demeure une société de rédiger un plan de vigilance, de le publier et de le traduire en actions en présence de risques d'atteintes envers « les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » résultant de ses activités ou des activités des entreprises présentes dans sa chaîne d'approvisionnement (article L. 225-102-4 II C. com.). Si cette mise en demeure n'est pas suivie d'effets, la société pourra être enjointe par le juge, si besoin sous astreinte, de respecter ses obligations (article L. 225-102-4 II C. com.). Ensuite, la responsabilité civile de l'entreprise pourra être engagée si le risque d'atteinte s'est matérialisé en dommage à l'égard des tiers (article L. 225-102-5 C. com.). Plusieurs actions, essentiellement de nature préventive, sont actuellement pendantes devant les tribunaux français (Bommier, Chatelain et Loyer, 2021).

**[194] Dans le cadre de la loi française, le respect des mesures de prévention ne fait pas l'objet d'un contrôle institutionnel élaboré.** Aucune sanction administrative n'est prévue. À cet égard, la Proposition de directive innove. Chaque État membre désigne plusieurs **autorités de contrôle** pour surveiller le respect des obligations prévues par les dispositions nationales adoptées en vertu des dispositions relatives aux mesures de diligence et à la lutte contre le changement climatique. Ces autorités peuvent exiger l'accomplissement de mesures correctives. Des sanctions administratives et l'engagement de la responsabilité civile de la société complètent l'arsenal des sanctions.

### 3.1 SANCTIONS ADMINISTRATIVES

**[195]** Les autorités disposent de trois principaux pouvoirs :

- ordonner la cessation des infractions aux dispositions nationales adoptées en application de la présente directive, l'interdiction de réitérer le comportement en cause et, le cas échéant, des mesures correctives proportionnées à l'infraction et nécessaires pour y mettre fin;
- imposer des sanctions pécuniaires […];
- adopter des mesures provisoires pour éviter le risque d'atteinte grave et irréparable. (Commission européenne, 2022, article 18.5, a), b), c)).

**[196] La Proposition de directive apparaît confier aux autorités de contrôle une fonction parajudiciaire**. Elle les dote ainsi de pouvoirs proches du pouvoir d'injonction du juge français en matière de vigilance. Et le texte précise que l'office des autorités pourrait être assuré par le juge dans les états dont le système juridique ne permet pas de prononcer des sanctions administratives (Commission européenne, 2022, article 18.6). En cas d'adoption de la directive, l'articulation des pouvoirs du juge et de l'autorité seraient à construire afin d'éviter le chevauchement des missions. Il s'agirait également de ne pas affaiblir le rôle du juge, qui est un garant important du contrôle de l'effectivité de la prévention dans les chaînes d'approvisionnement.

**[197]** Par ailleurs, les contours des sanctions qui devront être mises en place par les États membres sont dessinés à l'article 20 de la Proposition. D'une part, les sanctions pécuniaires devront « être fondées sur le chiffre d'affaires de l'entreprise » (Commission européenne, 2022, article 20.3). Le texte n'apporte pas d'autres formes de précision sur un pourcentage ou sur la prise en compte du chiffre d'affaires à l'international. En France, les prévisions de la Loi sur le devoir de vigilance relatives à l'amende civile de 10 millions d'euros ont été censurées par le Conseil constitutionnel en raison de la généralité et de l'imprécision des termes employés (Cons. const., n° 2017-750 DC, 23/03/2017, considérant 13). La transposition de la directive devra donc être suffisamment précise pour contourner l'obstacle de la censure constitutionnelle.

**[198]** D'autre part, les sanctions envisagées devront tenir compte des démarches de prévention de l'entreprise, et notamment de la mise en œuvre des mesures correctives exigées par une autorité de contrôle (Commission européenne, 2019, précitée, art. 20.2). Ces prévisions renvoient à la nature du devoir de vigilance : **simple obligation de moyens, les efforts déployés, s'ils sont adaptés et proportionnés, pourraient suffire à échapper aux sanctions administratives, voire à l'engagement de la responsabilité de l'entreprise**.

### 3.2 RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ENTREPRISE

**[199]** La responsabilité civile est prévue par l'article 22 si celle-ci n'a pas respecté ses obligations de vigilance dans sa chaîne d'approvisionnement et que ce manquement a entraîné un dommage. Cependant, les manquements d'un partenaire indirect, quand bien même les relations commerciales sont établies, ne pourront pas être reprochés à la société poursuivie, « à moins qu'il n'ait été déraisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification du respect, soient suffisantes pour prévenir, atténuer, supprimer ou réduire au minimum l'incidence négative » (Commission européenne, 2022, article 22.2). Il reviendra aux demandeurs la difficile tâche de prouver que cette dernière exception est applicable au regard des circonstances d'espèce.

**[200]** Ainsi, en principe, **l'entreprise n'est pas responsable en présence d'un manquement d'un partenaire indirect dans sa chaîne d'approvisionnement.** Or, les mesures de prévention et de remédiation, telles qu'exposées aux articles 7 et 8, s'inscrivent dans le périmètre des relations commerciales établies avec des partenaires commerciaux, aussi bien directs qu'indirects. L'effectivité du dispositif de vigilance est considérablement affaiblie par la possibilité laissée à l'entreprise d'échapper à sa responsabilité. En outre, pour déterminer l'existence et l'étendue de la responsabilité civile dans ce cadre, il est exigé du juge de tenir compte des mesures correctives prises en amont (Commission européenne, 2022, article 22.2). De même que pour les sanctions administratives (voir ci-dessus), **les efforts déployés par l'entreprise influent sur la détermination de sa responsabilité civile, même si celles-ci se sont finalement avérées insuffisantes**.

## CONCLUSION

**[201]** La Proposition de directive formulée par la Commission européenne constitue une initiative majeure en faveur de chaînes d'approvisionnement mondiales plus soutenables. Cependant, le devoir de vigilance demeure un instrument dont la portée est, à de nombreux égards, limitée. Certaines dispositions pourraient encore être renforcées, précisées et complétées, notamment s'agissant de la responsabilité des administrateurs, rapidement évoquée aux articles 15 et 25 de la Proposition. Il reste aussi à espérer que les travaux législatifs en cours et la transposition de la directive dans les droits nationaux ne conduisent pas à l'affaiblissement des mécanismes prévus.

## BIBLIOGRAPHIE


BRIGHT, C., « The Civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of its Subsidiary : The Example of the Shell Cases in the UK and the Netherlands », dans *Business and Human Rights in Europe*, Angelica BONFANTI (dir.), Routledge, 2018, p. 212-222.

BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, CIVIC CONSULTING et DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS et LSE, *Study on Due Diligence Requirements Through the Supply Chain : Final Report*, Publications Office of the European Union, 2020, en ligne : <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>.

CHATELAIN, L., C. LOYER et S. BOMMIER, *Radar du devoir de vigilance – Suivre les affaires en cours*, CCFD-Terre Solidaire et Sherpa, juillet 2021, en ligne : <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2021/07/A4-VF-FICHES-FR-020721-V3.pdf.>.

SISCO, C., B. CHORN, P. M. PRUZAN-JORGENSEN et al., *Supply Chain Sustainability - A Practical Guide for Continuous Improvement*, Bureau du Pacte Mondial des Nations Unies, 2e éd., 2015, en ligne : <https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fsupply_chain%2FSupplyChainRep_spread.pdf>.

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937*, COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD), 23 février 2022, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF>.

———, « Annexe I : nouvelles initiatives », *Programme de travail de la Commission pour 2021 – Une Union pleine de vitalité dans un monde fragile*, COM/2020/690 final, 2020, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:91ce5c0f-12b6-11eb-9a54-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF>.

COMMISSIONER REYNDERS, « Speech by Commissioner Reynders in RBC Webinar on Due Diligence – RBC », 30 avril 2020, en ligne : <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>.

ERNST & YOUNG (EY) et DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance: Final Report*, 2020, en ligne : <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901>.

GUALANDI, S., « Addressing MNEs' Violations of Workers' Rights Through Human Rights Due Diligence. The proposal for an EU Directive on Sustainable Corporate Governance », *Diritti Lavori Mercati*, 15 février 2022, en ligne : <https://www.ddllmm.eu/addressing-mnes-violations-of-workers-rights-through-human-rights-due-diligence-the-proposal-for-an-eu-directive-on-sustainable-corporate-governance/>.

HATCHUEL, A., « Rana Plaza, la mort de l'industrie », *Le Monde.fr*, 26 mai 2013, en ligne : <https://www.lemonde.fr/economie/article/2013/05/26/rana-plaza-la-mort-de-l-industrie_3417734_3234.html>.

MOREAU, M.-A., « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », (2017) 10 *Dr. soc.* 792-797.

PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*, 2021, en ligne : <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf.>.

PESKINE, E., « De la solidarité à la vigilance en droit du travail : À propos de la responsabilité dans les réseaux et groupes de sociétés », dans *La responsabilité solidaire*, coll. séminaire, Collège de France, 22 mars 2016.

SACHS, T., « La Loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », (2017) 6 *RDT* 380-390.

SCHILLER, S., « Exégèse de la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », (2017) 15 *JCP* éd. E., doctr. 622, 19-28.

SHERPA, CCFD-TERRE SOLIDAIRE et BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, « Les affaires en cours – liste des entreprises soumises au devoir de vigilance », en ligne : <https://plan-vigilance.org/les-affaires-en-cours/>.

SHIFT PROJECT, « Shift's Analysis of the EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive », mars 2022, en ligne : <https://shiftproject.org/resource/eu-csdd-proposal/shifts-analysis/>.

SIEVERS, M. et N. NUTZ, *Guide sommaire sur le développement des chaînes de valeur*, Matériel didactique, 2017, en ligne : <http://www.ilo.org/empent/areas/value-chain-development-vcd/WCMS_546102/lang--fr/index.htm>.

# LE TRAVAIL FORCÉ DANS LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT EN DROIT CANADIEN : ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES



Alexis LANGENFELD[97]

97 Étudiant au doctorat en droit (Université Laval), boursier FRQSC, Bertram et du Centre d'expertise en gouvernance – FSA Ulaval, lauréat de la bourse d'excellence Paule-Gauthier 2021 (Canada).

## RÉSUMÉ

Cet article recense le droit canadien en vigueur portant sur le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Il présente la position du droit criminel, du droit douanier, de la responsabilité civile, des normes gouvernementales, du droit des valeurs mobilières et de la protection du consommateur. Il montre en quoi ces règles contribuent directement ou indirectement à lutter contre ce fléau. Ainsi, elles interdisent le recours au travail forcé et plusieurs pratiques qui y sont liés, comme l'importation de marchandises qui en sont teintées ou la communication fausse ou trompeuse sur le sujet. Cet article fournit également une analyse de l'efficacité de chacune des règles étudiées. Pour ce faire, il prend en compte les enjeux liés à leur mise en application, l'obligatoriété des normes ou encore leur caractère récent. Chaque norme se montre imparfaite et connaît des difficultés pour atteindre ses objectifs. Puis, l'article mène un travail de synthétisation critique visant à caractériser le *corpus* de droit applicable. Il souligne ainsi les problèmes transversaux qui le parcourent. Les difficultés probatoires s'annoncent constantes. Le caractère systémique du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement est ignoré. Des réformes comme la vigilance ou la transparence seront donc nécessaires. Enfin, l'article se clôt par une présentation des projets de loi actuellement à l'étude.

## INTRODUCTION

**[202] Chaîne d'approvisionnement.** Les chaînes d'approvisionnement sont des réseaux d'entités interdépendantes reliées directement ou indirectement entre elles, destinées à produire des biens ou fournir des services et allant de la production des matières premières nécessaires jusqu'à leur commercialisation auprès du consommateur, tout en passant par toutes les étapes intermédiaires (transport, stockage, transformation, etc.) (Johnson et al, 2019, p. 1569; OIT, 2016, p. 1). Les chaînes d'approvisionnement internationales dominent la production et la consommation mondiales (Buhmann et al, 2019, p. 338; Nolan, 2017, p. 240 et s.). En 2013, il était estimé que 80 % du commerce mondial avait lieu au sein des chaînes d'approvisionnement (Salminen, 2019, p. 308 (citant l'UNCTAD)). Les chaînes d'approvisionnement globalisées emploient plus de 450 millions de personnes à l'échelle mondiale (Nolan et Frishling, 2020, p. 108), sans lesquelles elles ne pourraient pas fonctionner. Sans surprise, les chaînes d'approvisionnement sont devenues une composante essentielle du succès économique et financier des grandes entreprises multinationales (Stoler, 2009).

**[203] Composantes.** Une chaîne d'approvisionnement est dominée par l'entreprise qui se trouve à son « sommet ». Dans la tradition de droit civil, elles sont généralement qualifiées d'entreprises « donneuses d'ordre », ce qui tend à traduire juridiquement leur position de direction de la chaîne[98]. Ces entreprises jouent un rôle essentiel au fonctionnement des chaînes d'approvisionnement, car elles assument une grande partie de leur gestion (McCall-smith et Rühmkorf, 2018, p. 148-149). En effet, ces chaînes leur permettent de réunir les « intrants » nécessaires à la production des « extrants » qu'elles commercialisent. Par conséquent, pour une entreprise, la chaîne d'approvisionnement constitue un avantage compétitif déterminant (Parella, 2019, p. 729). Par ailleurs, les entités qui composent la chaîne d'approvisionnement sont des « sous-traitants » et des « fournisseurs ». Des termes qui renvoient à des situations économiques distinctes, mais dont il faut souligner qu'ils sont juridiquement imprécis.

**[204] Notion de travail forcé.** Ce texte porte sur une problématique qui entache les maillons des chaînes d'approvisionnement transnationales des entreprises : le travail forcé[99]. En la matière, la position de l'Organisation internationale du travail (ci-après : « OIT ») fait historiquement autorité. L'OIT définit le travail forcé comme « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré »[100]. Ses conventions n° 29[101] et n° 105[102] interdisent le travail forcé. Le Canada a ratifié ces deux conventions. De plus, le travail forcé constitue une violation flagrante des droits humains, ce que confirme l'article 4 de

98 En tradition de common law, d'autres expressions sont utilisées et reposent plutôt sur une qualification économique : « lead firm »; « captain firm », etc.

99 Une autre problématique majeure concernant les violations graves des droits dans les chaînes d'approvisionnement est le travail des enfants. Le travail des enfants, envisagé par l'OIT sous l'angle des « pires formes de travail des enfants », ne recoupe que partiellement le travail forcé. Bien que le droit qui en traite ne sera pas abordé dans ce travail, deux précisions s'imposent. Premièrement, travail forcé et travail des enfants sont des enjeux structurellement similaires. Deuxièmement, plusieurs des mécanismes juridiques issus du droit positif qui seront étudiés dans ce travail visent également à lutter contre le travail des enfants.

100 Convention n° 29 sur le travail forcé, 1930, article. 2.

101 Convention n° 29 sur le travail forcé, 1930.

102 Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé, 1957.

la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[103] qui interdit expressément l'esclavage. De plus, les conséquences sociales et économiques du travail forcé dépassent la seule exploitation humaine. Il est un obstacle au développement durable, il perpétue les inégalités et la pauvreté, il alimente la corruption et il entrave l'innovation et la compétitivité (Parlement européen, 2022, p. 2).

**[205] La teinte.** L'exploitation de travailleurs forcés entache de manière indélébile les biens et services qu'ils contribuent à délivrer. Par conséquent, un bien ou un service est dit « teinté » de travail forcé dès lors qu'il est produit ou rendu en tout ou en partie par du travail forcé. Par extension, c'est la chaîne d'approvisionnement elle-même qui peut être vue comme « teintée » par ce fléau.

**[206] Dimension systémique.** Le travail forcé est plus fréquent dans les pays dits pauvres (Johnson et al, 2019, p. 1570), où plusieurs facteurs et différentes stratégies permettent d'exploiter les travailleurs (Gutierrez, 2017, p. 2017, p. 60 et s.; Hess, 2021, p. 253 et s.; Caspersz et al., 2022, p. 177 et s.). Toutefois, une partie importante du recours au travail forcé a lieu dans les chaînes d'approvisionnement globalisées des entreprises occidentales (LeBaron, 2021). En effet, une partie des chaînes d'approvisionnement de ces entreprises s'insère souvent dans les pays où les droits et les protections des travailleurs sont faibles ou inexistants, permettant ainsi au travail forcé de se perpétrer (Buhman et al, 2019, p. 338 ; Snyder, 2019, p. 1877 et s.; Pati, 2019, p. 1823).

**[207] Prévalence.** Il y aurait 27,6 millions de travailleurs forcés dans le monde (OIT et al, 2022, p. 21). Hors exploitation sexuelle, 17,3 millions d'entre eux travaillent de force pour des entreprises privées et 3,9 millions le font pour des acteurs étatiques (OIT et al, 2022, p. 25). Ce sont autant des enfants que des femmes et des hommes qui sont exploités. Mais les femmes et les jeunes y sont sujets de manière disproportionnée (OIT et al, 2017, p. 22). L'exploitation de la main-d'œuvre est devenue endémique à certaines industries (Crane, 2013, p. 49). Pire, elle se généralise (Stringer et Michailova, 2018, p. 196). L'exploitation de travailleurs forcés dans l'économie permet de réaliser 51 milliards de dollars américains de profit à l'échelle mondiale (OIT, 2023). Les chaînes d'approvisionnement canadiennes ne sont pas épargnées. Selon un rapport de 2017 de *Vision Mondiale*, 34 milliards de dollars canadiens de biens « à risque » seraient importés annuellement au Canada par 1 200 entreprises (World Vision, 2017, p. 5). Et, selon des évaluations de 2018 de *Walk Free*, ce sont 18 milliards de dollars américains de bien « à risque » qui seraient importés au Canada (Walk Free, 2018).

**[208] Droit international.** En dehors du droit de l'OIT, il existe plus de 300 textes de droit international interdisant le travail forcé ou établissant des mesures pour que les entreprises n'y aient pas recours dans leurs chaînes d'approvisionnement (Franklin, 2019, p. 311 et s.; Eckert, 2013, p. 387; Bakirci et Ritchie, 2022). Il convient de donner quelques exemples marquants qui témoignent du dynamisme actuel en la matière. L'élimination de l'esclavage moderne et du travail des enfants constitue la cible 8.7 des



103 *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 1948.

*Objectifs de développement durable*[104] de l'Organisation des Nations Unies (ci-après : « ONU »). Les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*[105] de l'ONU et des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*[106] de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après : « OCDE ») demandent aux États et aux entreprises qu'ils agissent pour prévenir et réparer les atteintes aux droits de la personne (incluant le travail forcé) survenant dans le cadre des activités des entreprises multinationales. Ces deux principes directeurs se sont imposés comme des normes de références en termes de conduite vertueuse des entreprises multinationales. Les institutions canadiennes adhèrent assez largement à ces deux principes directeurs à travers leurs différentes prises de position sur la responsabilisation des entreprises multinationales. Néanmoins, elles ne sont pas allées jusqu'à les adopter de manière contraignante. Par ailleurs, les normes ISO 26000 sur la *Responsabilité sociétale*[107] et 20400 sur les *Achats responsables*[108] prévoient également que les entreprises évitent de se retrouver connectées au travail forcé. Dans l'ensemble, ces initiatives font peser des obligations (largement non contraignante) sur les États et les entreprises en matière de lutte contre le travail forcé dans la chaîne d'approvisionnement.

**[209] Déficiences juridiques.** La prévalence du travail forcé démontre que les normes juridiques qui devraient directement s'y appliquer n'assurent pas leur fonction de protection des travailleurs. Ce constat est d'ailleurs admis par la doctrine traitant de la responsabilité des entreprises multinationales. D'une part, le travail forcé fait l'objet d'une interdiction sur le territoire national dans presque tous les ordres juridiques, incluant ceux des pays en voie de développement (qui ont souverainement compétence sur les conditions de travail chez eux). Néanmoins, ces États connaissent des problèmes d'effectivité et d'efficacité quand il s'agit d'encadrer des activités connectées aux grandes entreprises multinationales. D'autre part, le droit international semble tout indiqué pour encadrer les chaînes d'approvisionnement transnationales. Certes, les attentes pesant sur les entreprises sont textuellement ambitieuses. Plusieurs entendent mettre en place une véritable obligation de prévention. Et beaucoup favorisent l'utilisation de *Supplier Code of Conduct* grâce aux contrats (McCall-Smith et Rühmkorf, p. 15 et 20; Bakirci et Ritchie, 2022; Jagers et Rijken, 2014). Mais, le droit international montre ses limites, car il n'impose pas d'obligation contraignante aux entreprises. Celles-ci ne risquent aucune sanction juridique si elles ne respectent pas les attentes du droit international. En bout de ligne, la solution ne viendra vraisemblablement pas du droit des pays en voie de développement et du droit international, du moins à court terme.

**[210] Un problème juridique canadien.** De ce fait, le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement est un enjeu que le droit des pays développés (dont le Canada fait

104 *Objectifs de développement durable*, Organisation des Nations unis, 2015, cible 8.7.

105 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, Doc NU HR/PUB/11/4 (2011).

106 Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OCDE, 2011.

107 *ISO 26000 Responsabilité sociétale*, Organisation internationale de normalisation, 2010.

108 *ISO 20400 Achats responsables – Lignes directrices*, Organisation internationale de normalisation, 2017.

partie) doit solutionner. Par conséquent, le droit canadien doit adresser le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises canadiennes, et ce, même s'il a lieu à l'étranger. Pour trouver son efficacité, le droit devrait d'abord centrer son action sur la responsabilisation des sociétés donneuses d'ordre. En effet, ces dernières participent à la création du contexte qui permet au travail forcé de se déployer (Simic et Blitz, 2019, p. 8). D'autre part, elles jouissent d'un pouvoir sur les conditions de travail dans leurs chaînes d'approvisionnement (Millington, 2008). Par conséquent, elles ont une responsabilité (partagée) vis-à-vis de ce fléau. Il est pertinent de leur imposer des obligations dans l'objectif de lutter contre le travail forcé, même s'il a lieu à l'étranger. De plus, c'est également au Canada qu'a lieu la consommation des produits *lato sensu* (marchandises, distribution de bénéfices, etc.) issus du travail forcé et importés par les entreprises donneuses d'ordre. Cette consommation contribue à pérenniser l'exploitation de la main-d'œuvre en lui conférant sa rentabilité. Conséquemment, le droit a également un rôle à jouer pour éviter que les fruits du travail forcé ne soient disponibles sur les marchés canadiens. En bout de ligne, le droit canadien a bien un rôle utile à jouer pour lutter contre le travail forcé à l'étranger dans les chaînes d'approvisionnement.

**[211] Objectifs.** Faire du droit canadien une solution contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement inverse la problématique juridique à l'origine de sa persistance. L'effectivité et l'efficacité du droit visant à lutter contre le travail forcé font virtuellement moins de doute que dans le droit des pays en développement et qu'en droit international. Mais, concrètement, c'est ici l'existence même de telles dispositions juridiques qui pose question. En effet, puisqu'il ne s'agit pas de lutter contre l'exploitation des travailleurs sur le territoire national, le développement d'un tel cadre normatif n'a rien d'une évidence. Les développements ne vont donc pas porter le travail forcé en lui-même, mais plutôt sur la manière dont le droit canadien cherche à endiguer ce phénomène. Dans ce contexte factuel et normatif, la recension puis la détermination de l'efficacité du droit canadien sur le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement sont nécessaires. Ces deux enjeux constitueront le double objectif de recherche de ce travail. Ce sujet n'a pas fait l'objet d'une approche synthétique par la doctrine canadienne. Le texte doit ainsi contribuer à poser les premiers jalons d'une compilation cohérente et exhaustive des dispositions qui contribuent à lutter contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement.

**[212] Méthodologie.** Faisant écho aux deux objectifs poursuivis, la méthodologie de recherche sera elle aussi duale. Premièrement, la recension du droit contre le travail forcé reposera sur une approche de nature positiviste centrée sur les règles de droit d'origine étatique. À ce titre, les normes d'origine privées, bien que nombreuses en la matière, seront ignorées. Deuxièmement, l'analyse critique s'appuiera sur une approche classique de la détermination de l'efficacité des règles de droit. Le travail portera autant sur les chaînes d'approvisionnement des entreprises privées que sur celles du gouvernement canadien. En effet, les chaînes d'approvisionnement publiques sont elles aussi exposées au travail forcé (O'Brien et Martin-Ortega, 2020; Martin-Ortega, 2017). Par ailleurs, à des fins de simplification, l'analyse se concentrera sur l'importation de marchandise (au cœur de la problématique) et ignorera les services (un phénomène plus marginal).

**[213] Plan.** Premièrement, il s'agira de dresser un panorama des règles portant sur la lutte contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Ce travail sera mené dans une première section. Deuxièmement, il faudra déterminer dans quelle mesure les règles juridiques identifiées contribuent utilement à lutter contre le recours au travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Cette analyse se fera par branche du droit et aura lieu dans une seconde section. Enfin, les développements seront clos par une conclusion. Celle-ci portera sur l'ensemble du *corpus* de textes de droit identifiés. Les projets de réforme actuellement à l'étude y seront également présentés.

## 1. ÉTAT DU DROIT CANADIEN DU TRAVAIL FORCÉ DANS LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT

### 1.1 DROIT CRIMINEL

**[214] Trajectoire.** En droit criminel, la lutte contre le travail forcé se fait par le biais de l'interdiction de la traite des personnes (Plouffe-Malette et Brisson, 2019, p. 90; Plouffe-Malette, 2020, p. 12), et ce, même si ces deux concepts ne sont pas identiques (Bibliothèque du Parlement, 2021, p. 1). L'interdiction pénale de l'exploitation du travail d'autrui est d'ailleurs relativement récente. Les infractions sur la traite des personnes ont été ajoutées à partir de 2005 au moyen d'une succession de réformes du *Code criminel*[109]. En 2005, l'objectif était de respecter les engagements internationaux du Canada suite à la ratification de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*[110] et du *Protocole des Nations Unies visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*[111] (Plouffe-Malette, 2014, p. 4).

**[215] Interdictions.** Actuellement, les articles 279.01 et suivant du *Code criminel* prévoient plusieurs interdictions reliées à la traite des personnes (Plouffe-Malette, 2014, p. 18 et s.). Premièrement, les articles 279.01, 279.011, et 279.03 du *Code criminel* interdisent une multiplicité de pratiques qui participent à l'exploitation de la main-d'œuvre : le recrutement, le transport, le transfert, la détention, la cachette, l'hébergement, le contrôle, la direction, l'influence sur les mouvements de travailleurs forcés et la rétention ou destruction de leurs papiers. Deuxièmement, l'article 279.02 du *Code criminel* interdit de bénéficier d'un avantage matériel, notamment pécuniaire, que l'on sait issu ou obtenu directement ou indirectement par du travail forcé. D'après une étude gouvernementale :

> Cette infraction vise les personnes qui ne font pas forcément de recrutement ou de transport, notamment celles qui hébergent une victime de la traite contre rémunération, ou l'« utilisateur » final d'un service sexuel ou d'une

109 PL C-49, Loi modifiant le Code criminel (*traite des personnes*), 1re sess, 38e lég, 2005 (sanctionnée le 25 novembre 2005), LC 2005 c 43; PL C-268, *Loi modifiant le Code criminel* (*peine minimale pour les infractions de traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans*), 3e sess, 40e lég, 2010 (sanctionnée le 29 juin 2010) LC 2010 c 3; PL C-310, *Loi modifiant le Code criminel* (*traite des personnes*), 1re sess, 41e lég, 2011 (sanctionnée le 28 juin 2012), LC 2012 c 1; PL C-75, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 1e sess, 42e lég, 2018 (sanctionnée le 21 juin 2019) LC 2019 c 25.

110 *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et protocoles s'y rapportant*, Organisation des Nations Unies, 2004.

111 *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, Organisation des nations unis, 2000.

autre forme de travail forcé qui sait que la personne est victime de la traite des personnes. (Coleman et Barnett, 2021, p. 8).

Les sanctions prévues incluent de lourdes peines de prison (Gouvernement du Canada, 2021 (1)). Dans le contexte entrepreneurial, seuls les dirigeants sont concernés par l'incarcération. Les sociétés seront uniquement exposées à des amendes.

**[216] Extraterritorialité.** En principe, les dispositions criminelles canadiennes ne s'appliquent que sur le territoire canadien[112]. Néanmoins, depuis 2012, l'article 7 (4.11) du *Code criminel* confère aux articles 279.01, 279.011, 279.02 et 279.03 du même code une portée extraterritoriale pour les « citoyens canadiens » ou les « résidents permanents ». De plus, il n'est pas nécessaire qu'un déplacement (transfrontalier ou non) des victimes ait eu lieu pour caractériser une situation de traite de personnes (Coleman et Barnett, 2021, p. 7). Par conséquent, le droit criminel n'opère pas de distinction entre la traite des personnes interne, transfrontalière ou étrangère et s'applique ainsi de manière extraterritoriale (Plouffe-Malette, 2014, p. 15). Il est donc possible de retenir la responsabilité pénale de Canadiens vis-à-vis du travail forcé survenu exclusivement à l'étranger.

## 1.2 DROIT DOUANIER

**[217] Trajectoire.** Jusqu'à récemment, le Canada n'interdisait pas l'importation de marchandises teintées de travail forcé sur son territoire. Mais de nouveaux engagements internationaux l'ont conduit à modifier sa position. Il a ratifié en 2018 l'Accord Canada–États-Unis–Mexique[113]. Son article 23.6 prévoit l'obligation pour ses parties d'interdire l'« importation sur son territoire de produits provenant d'autres sources et issus, en entier ou en partie, du travail forcé ou obligatoire, y compris du travail forcé ou obligatoire des enfants »[114]. La *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique*[115], entrée en vigueur le 1er juillet 2020, a modifié le droit douanier en conséquence. Les articles 201 et 204 de cette loi ont ajusté la *Loi sur le tarif des douanes*[116] en conséquence.

**[218] Interdiction d'importation**. Désormais, l'article 136(1) du *Tarif de douanes* prohibe l'importation de marchandise dont le numéro tarifaire est le 9897.00.00. Le nouveau numéro tarifaire 9897.00.00 inclut les « [a]rticles extraits, fabriqués ou produits, en tout ou en partie, par du travail forcé »[117]. Ce numéro tarifaire permet à l'Agence des services frontaliers du Canada (ci-après : « ASFC ») d'appliquer l'interdiction d'importation aux marchandises qu'elle contrôle. En effet, en vertu de

112 *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, article 6.2.

113 *Accord Canada–États-Unis–Mexique*, 30 novembre 2018 (entré en vigueur le 1er juillet 2020) (ci-après : « *Accord Canada–États-Unis–Mexique* »).

114 *Accord Canada–États-Unis–Mexique*, article 23.6 al 1.

115 *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique*, LC 2020, c 1.

116 *Tarif des douanes*, LC 1997, c 36.

117 *Codification ministérielle du Tarif des douanes 2022*, T2022-4(F), Agence des services frontaliers du Canada, p 98 – 15 (p 1619 du PDF), en ligne : <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/trade-commerce/tariff-tarif/2022/01-99/01-99-2022-4-fra.pdf>. Pour déterminer la teneur précise de ces notions, les douanes devraient d'ailleurs se référer aux travaux de l'OIT ((Bandali et al., 2021).

l'article 59(1) de la *Loi sur les douanes*[118], le numéro tarifaire initial des marchandises peut être requalifié par les douaniers afin d'être remplacé par le numéro correspondant à leur nature réelle. Toutefois, il faut noter que cette interdiction d'importation n'est pas absolue. Suivant, l'article 132 (1)m) du *Tarif des douanes*, le gouverneur en conseil peut, par règlement et sur recommandation du ministre des Finances, modifier le numéro tarifaire 9897.00.00 pour finalement autoriser l'importation de marchandises teintées de travail forcé.

**[219] Sanctions.** Au-delà de l'impossibilité pour l'importateur de commercialiser les marchandises saisies, la *Loi sur les douanes* prévoit de nombreuses sanctions civiles et criminelles liées à l'achat, à la vente et à l'échange de marchandises interdites d'importations allant de l'amende à la prison (Bandali et al., 2021). Néanmoins, le gouvernement fédéral a indiqué qu'en pratique les entreprises qui auraient importé des marchandises teintées de travail forcé dans la chaîne d'approvisionnement « s'exposent à des sanctions pour infraction réglementaire plutôt que criminelle » (Gouvernement du Canada, 2021 (2), p. 5).

**[220] Contestation.** Il est possible de contester la requalification d'un numéro tarifaire par les autorités. Le numéro tarifaire 9897.00.00 ne fait pas exception. Les parties intéressées à l'importation peuvent demander au Président de l'ASFC un examen de révision ou un réexamen du classement tarifaire des marchandises[119]. Si cette demande échoue, un appel peut être porté devant le Tribunal canadien du commerce extérieur[120], puis, en cas d'échec, devant la Cour d'appel fédérale[121].

**[221] Destinée des marchandises.** Le sort des marchandises saisies est principalement régi par les articles 36, 99, 101, 102 et 142 de la *Loi sur les douanes*. Pour l'essentiel, les marchandises saisies pourront être exportées en dehors du Canada ou abandonnées à la Couronne. En cas d'abandon des marchandises, la Couronne ne pourra pas les revendre[122]. Le ministre devra choisir une autre manière d'en disposer. Celles-ci pourront notamment être détruites.

**[222] Coopérations.** L'effectivité de la réforme est appuyée par le *Mémorandum D9-1-6 « Marchandises fabriquées ou produites par des prisonniers ou du travail forcé »*[123] (Bandali, 2021). En plus de guider les douaniers dans leur action, ce texte prévoit plusieurs coopérations pour rendre efficace l'interdiction d'importation. Il y est notamment prévu que Emploi et Développement social Canada (ci-après : « EDSC ») assiste l'ASFC « afin de déterminer les marchandises qui ont été produites par des

118 *Loi sur les douanes*, LRC 1985, c 1 (2e suppl.) (ci-après « *Loi sur les douanes* »).

119 *Loi sur les douanes*, article 60 et s.

120 *Loi sur les douanes*, article 67.

121 *Loi sur les douanes*, article 68.

122 *Loi sur les douanes*, article 142(1)b).

123 *Marchandises fabriquées ou produites par des prisonniers ou du travail forcé*, Mémorandum D9-1-6, Agence des services frontaliers du Canada, Ottawa, 2018 mai 2021, en ligne : <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d9/d9-1-6-fra.pdf> (ci-après : « *Mémorandum D9-1-6* »).

prisonniers et du travail forcé afin de prévenir leur entrée au Canada »[124]. Pour ce faire, EDSC « fait des recherches sur les faits pertinents qui se rattachent aux chaînes d'approvisionnement problématiques. Il prépare des rapports qui font état des marchandises qui sont probablement extraites, fabriquées ou produites par du travail forcé »[125]. Ces rapports sont ensuite transmis à l'ASFC. De plus, les douanes canadiennes demandent officiellement aux organisations issues de la société civile de faire de la dénonciation de cargaisons suspectes[126]. Par ailleurs, l'*Accord Canada–États-Unis–Mexique*[127] prévoit la coopération entre les États signataires concernant l'identification des produits issus du travail forcé et leur circulation.

**[223] Compliance.** Les importateurs sont responsables d'assurer la conformité de leurs importations avec le *Tarif des douanes*. Par conséquent, le gouvernement canadien estime que les entreprises canadiennes devraient « travailler avec leurs fournisseurs étrangers pour veiller à ce que les marchandises importées au Canada n'aient pas été extraites, fabriquées ou produites, en tout ou en partie, par des personnes qui ont été contraintes au travail » (Gouvernement du Canada, 2021 (2), p. 5). De ce fait, il recommande aux entreprises de mettre en place des procédures visant à prévenir l'importation de biens teintés de travail forcé, incluant la diligence raisonnable et la formation du personnel[128].

### 1.3 RESPONSABILITÉ CIVILE

**[224] Common law.** Plusieurs avenues ont été explorées récemment en *common law* pour engager la responsabilité civile d'une société donneuse d'ordre concernant des dommages survenus dans sa chaîne d'approvisionnement. Jusqu'ici, les décisions rendues relèvent de la procédure et pas du fonds. En effet, les tribunaux ne se sont pas prononcés sur la responsabilité des entreprises poursuivies, mais uniquement sur la compétence des juridictions canadiennes pour trancher ces litiges. Les faits allégués n'ont donc pas fait l'objet d'un examen approfondi et les questions de droit soulevées n'ont pas été tranchées.

**[225] Duty of care.** Trois litiges ont été introduits sur le fondement du *duty of care* : *Choc v. Hudbay Minerals Inc*[129], *Garcia v. Tahoe Resources Inc*[130]. et *Das v. George Weston Limited*[131]. Ces affaires ne portent pas sur le travail forcé. Mais, elles préfigurent le régime de responsabilité qui devrait s'y appliquer. Pour reconnaître l'existence d'un *duty of care*, trois conditions doivent être réunies : la prévisibilité

124 *Mémorandum D9-1-6*, p. 2.

125 *Mémorandum D9-1-6*, p. 2-3.

126 *Mémorandum D9-1-6*, p. 3.

127 *Accord Canada–États-Unis–Mexique*, articles 23.6 al 2 et 23.12.

128 *Mémorandum D9-1-6*, p. 3 (« Les importateurs sont tenus de s'assurer que les marchandises qu'ils font entrer au Canada respectent les lois canadiennes. Il leur incombe de faire preuve de diligence raisonnable dans leurs chaînes d'approvisionnement pour s'assurer que les marchandises importées au Canada ne sont pas extraites, fabriquées ou produites, en tout ou en partie, par du travail forcé »).

129 *Choc v Hudbay Minerals Inc*, 2013 ONSC 1414.

130 *Garcia v Tahoe Resources Inc.*, 2015 BCSC 2045; 2017 BCCA 39.

131 *Das v George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129; 2018 ONCA 1053

raisonnable du dommage; la proximité entre les parties; le caractère équitable, juste et raisonnable d'une telle décision (Langenfeld, 2021, p. 882 et s.). En pratique, la proximité entre demandeurs et défendeurs constitue l'enjeu juridique clé de ce type de litige. D'un côté, les chances de succès des poursuites ont été jugées raisonnables dans les affaires *Choc v. Hudbay Minerals Inc* et *Garcia v. Tahoe Resources Inc.* Il y était notamment allégué que les sociétés donneuses d'ordre poursuivies contrôlaient étroitement les activités de leurs filiales. Ce qui permettait de considérer comme plausible que la proximité entre les demandeurs et les défenderesses soit suffisamment forte pour qu'un *duty of care* puisse en naître. L'affaire *Tahoe* s'est finalement conclue par un accord transactionnel. L'affaire *Hudbay* est quant à elle toujours en cours. D'un autre côté, les perspectives de succès des demandeurs ont été jugées trop faibles dans l'affaire *Das v. George Weston Limited*. En l'espèce, la société donneuse d'ordre poursuivie n'exerçait pas de contrôle sur les conditions de travail de son sous-traitant. La connexion entre la société canadienne et les travailleurs étrangers fut donc jugée trop faible pour que la poursuite puisse aboutir à un succès.

**[226] Jus cogens.** Un autre recours a été introduit pour violation du droit international coutumier. Il s'agit de l'affaire *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*[132] sur laquelle la Cour suprême du Canada s'est prononcée en 2020. Cas d'espèce unique au Canada, ce litige portait spécifiquement sur des faits de travaux forcés commis à l'étranger dans une chaîne d'approvisionnement. L'entreprise canadienne y était accusée de cautionner le recours à des travailleurs forcés dans une mine étrangère. Dans cette décision, la Cour suprême affirme que l'interdiction du travail forcé est considérée comme une règle bien établie du droit international coutumier[133] (sur ce point : Downey, 2019, p. 1963 et s.; Jagers et Rijken, 2014, p. 55 et s.; Simic et Blitz, 2019, p. 4). De plus, elle ouvre la possibilité pour les tribunaux canadiens de sanctionner une entreprise sur le fondement d'une violation du droit international coutumier (Langenfeld, 2021, p. 888). De ce fait, la Cour suprême du Canada a estimé que l'argumentaire des demandeurs était susceptible de succès et a donc demandé à ce qu'il soit examiné sur le fonds. Cependant, l'affaire *Nevsun* a finalement fait l'objet d'un accord transactionnel et, par conséquent, a été écartée des tribunaux.

**[227] Droit civil.** La question de la responsabilité des sociétés donneuses vis-à-vis des travailleurs forcés de leur chaîne d'approvisionnement demeure largement inexplorée en droit civil. Cette question relève donc du droit prospectif. Il est certain que l'établissement de la responsabilité d'une société donneuse d'ordre repose sur le triptyque faute, dommage et lien de causalité[134]. Les demandeurs devront prouver leurs préjudices découlant de leur situation de travail forcé; ils devront démontrer l'implication fautive de la société importatrice dans ce travail forcé; et ils devront établir un lien de causalité entre leurs préjudices et cette faute. L'expérience française en la matière révèle que chacun de ces éléments pose des problèmes, même en présence d'un devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre expressément prévu par la loi[135]

132 *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2016 BCSC 1856; 2017 BCCA 401; 2020 CSC 5.

133 *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 CSC 5, par. 101 et s.

134 Article 1457 CcQ.

135 *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, JO, 28 mars 2017, n° 1.

(Hannoun, 2019; Kadar et Périn, 2018). À l'heure actuelle, le succès d'un tel recours demeure plus qu'incertain au Québec, pour ne pas dire nul. Par ailleurs, l'expérience de la *common law* canadienne n'est pas riche en enseignement, car ses mécanismes sont profondément différents de ceux en vigueur au Québec.

## 1.4 DISPOSITIONS GOUVERNEMENTALES

**[228] Trajectoire.** En 2012, le gouvernement fédéral canadien dévoilait son *Plan d'action national de lutte contre la traite de personnes*[136]. Il s'agissait de la première stratégie nationale en la matière. Il faut y souligner l'absence de prise en compte du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Ce plan d'action a pris fin en 2016. Il a d'ailleurs fait l'objet d'une évaluation qui recommande notamment de « s'adapter aux nouvelles tendances (sic) en matière de traite de personnes », incluant « la traite dans le cadre des chaînes d'approvisionnement mondiales, surtout celles des entreprises canadiennes et des prestataires de services au gouvernement » (Sécurité publique Canada, 2017). Par la suite, en 2019, le gouvernement fédéral a dévoilé sa *Stratégie nationale de lutte contre la traite des personnes 2019-2024*[137]. Bien qu'elle soit avant tout centrée sur la traite des personnes au Canada, le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement y est également pris en compte[138]. Ces deux stratégies traduisent une prise de conscience récente et progressive des autorités canadiennes concernant le fléau du travail forcé, qui s'est traduite dans une production normative sur le sujet.

### 1.4.1 APPROVISIONNEMENT PRIVÉ

**[229] Textes.** Depuis la fin des années 2000, plusieurs normes sur la conduite responsable des entreprises canadiennes à l'étranger ont été édictées par les ministères fédéraux. Deux textes sont actuellement en vigueur : la *Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger*[139] et la *Conduite responsable des entreprises à l'étranger : Stratégie du Canada pour l'avenir*[140]. Ces deux textes incluent notamment la lutte contre le travail forcé. En substance, le gouvernement fédéral y demande aux entreprises de respecter les droits humains (comprenant l'absence de recours au travail forcé) et l'environnement. Les entreprises récalcitrantes s'exposent au retrait des différentes formes de soutien fournies par les services gouvernementaux. En revanche, ces textes relèvent de la *soft law* au sens où les entreprises n'encourent aucune responsabilité juridique si elles ne les respectent pas.



136 *Plan d'action national de lutte contre la traite de personnes*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2012, en ligne : <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/ntnl-ctn-pln-cmbt/ntnl-ctn-pln-cmbt-fra.pdf>.

137 *Stratégie nationale de lutte contre la traite des personnes 2019-2024*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2019, en ligne : <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/2019-ntnl-strtgy-hmnn-trffc/2019-ntnl-strtgy-hmnn-trffc-fr.pdf>.

138 *Stratégie nationale de lutte contre la traite des personnes 2019-2024*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2019, p. 9, 10–11, 13–14, 24–25 et 26.

139 *Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger*, Ottawa, Affaires mondiales Canada, 31 juillet 2019, en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie_RSE_amelioree_FRA.pdf>.

140 *Conduite responsable des entreprises à l'étranger : Stratégie du Canada pour l'avenir*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2021, en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/rbc-cre/strategy-2021-strategie-1-fra.pdf>.

**[230] Instances parajudiciaires.** Le gouvernement canadien s'appuie également sur des mécanismes de règlement des différends parajudiciaires pour responsabiliser les entreprises. À l'heure actuelle, deux instances sont en place : Point de contact national du Canada[141] et le Bureau de l'ombudsman canadien de la responsabilité des entreprises[142] (ci-après : « OCRE »). Elles peuvent être saisies des inconduites alléguées des entreprises canadiennes à l'étranger, incluant la présence de travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement, si certaines conditions liées au contrôle sont réunies. Ces deux instances ont pour objectif de mettre fin à la situation problématique et de permettre aux victimes d'obtenir réparation. Néanmoins leurs pouvoirs d'enquête et de sanction sont limités (Langenfeld, à paraître). Ici encore, les entreprises non vertueuses sont principalement exposées au retrait des services gouvernementaux soutenant leurs activités à l'étranger.

### 1.4.2 APPROVISIONNEMENT PUBLIC

**[231] Achat public de vêtements.** Dans ses *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*[143] de 2018, Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC) exige de ses fournisseurs de vêtement qu'ils respectent huit droits fondamentaux de la personne et des travailleurs. Ils incluent une interdiction de recourir au travail forcé. À ce titre, lors de leur soumission les fournisseurs doivent produire une attestation comprenant trois clauses différentes. Premièrement, la clause A3006T[144] « exige des soumissionnaires et de leurs premiers sous-traitants qu'ils se conforment aux normes minimales régissant les droits de la personne et les droits des travailleurs, établis dans le formulaire d'attestation de l'achat éthique. En présentant une soumission, le soumissionnaire atteste qu'il respecte l'attestation »[145]. Deuxièmement, la clause A3007T[146] « exige que les soumissionnaires indiquent, dans leurs documents de soumission, le nom des fabricants, des fournisseurs et des sous-traitants qui ont fabriqué le vêtement, l'emplacement de ces personnes et leur pays d'origine »[147]. Troisièmement, la clause contractuelle A3008C[148] sur l'achat éthique « doit être intégrée à tous les contrats de vêtements. En l'intégrant au contrat, par renvoi, le formulaire d'attestation de l'achat

141 Gouvernement du Canada, « Point de contact national du Canada », en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/index.aspx?lang=fra>.

142 Gouvernement du Canada, « Bureau de l'ombudsman canadien de la responsabilité des entreprises », en ligne : <https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/index.aspx?lang=fra>; *Ombudsman canadien pour la responsabilité des entreprises : Décret remplaçant l'annexe du décret C.P. 2019-299 du 8 avril 2019*, CP 2019-1323.

143 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, Services publics et Approvisionnement Canada, AP-132, en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/avis-relatifs-aux-politiques/AP-132> (ci-après : « *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, AP-132 ») (« Les fournisseurs qui vendent des vêtements au gouvernement doivent attester eux-mêmes qu'ils respectent, et que leurs premiers sous-traitants respectent, les lois locales et les normes internationales en matière de droit des travailleurs et de la personne. Ces droits comprennent la protection contre le travail des enfants, le travail forcé, la discrimination et les abus, ainsi que l'accès à un salaire équitable et à des conditions de travail sécuritaires »).

144 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, Services publics et Approvisionnement Canada, clause A3006T, en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-clauses-et-conditions-uniformisees-d-achat/5/A/A3006T/1>.

145 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, AP-132.

146 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, Services publics et Approvisionnement Canada, clause A3007T, en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-clauses-et-conditions-uniformisees-d-achat/5/A/A3007T/2>.

147 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, AP-132.

148 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, Services publics et Approvisionnement Canada, clause A3008C, en ligne : <https://achatsetventes.gc.ca/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-clauses-et-conditions-uniformisees-d-achat/5/A/A3008C/1>

éthique transmis à l'étape de l'évaluation des soumissions fera partie de l'entente ayant force obligatoire entre le Canada et l'entrepreneur »[149]. De plus, les informations fournies par les entreprises, lors de leurs soumissions, sont rendues publiques[150]. De surcroît, les soumissionnaires doivent s'assurer d'être continuellement en conformité avec leurs obligations. Les manquements peuvent être sanctionnés par la résiliation du contrat[151].

**[232] Code de conduite de TPSGC.** En février 2021, le gouvernement fédéral a lancé une évaluation des risques liés à la traite des personnes, au travail forcé et au travail des enfants dans ses propres chaînes d'approvisionnement (Emploi et développement social Canada, 2022 (1), p. 1). Il en a suivi une révision en août 2021 du *Code de conduite pour l'approvisionnement*[152] de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (ci-après : « TPSGC ») (une antenne du SPAC responsable des approvisionnements publics au Canada et l'acheteur central pour les ministères et les organismes fédéraux). Ce code s'applique à tous les fournisseurs et leurs sous-traitants qui soumissionnent ou fournissent des biens et services au gouvernement du Canada via le TPSGC[153]. La nouvelle version du Code attend notamment des fournisseurs qu'ils garantissent le respect des droits de la personne et des travailleurs, incluant la lutte contre la traite des personnes, le travail forcé et le travail des enfants[154]. Les fournisseurs doivent également communiquer à leurs sous-traitants les attentes définies dans le Code[155]. De plus, les fournisseurs doivent prévenir le TPSGC de tout manquement au Code[156]. Conformément à la logique contractuelle de ce dispositif, les entreprises qui ne respecteraient pas leurs obligations pourraient se voir interdire de contracter avec le TPSGC[157]. De plus, le SPAC a élaboré des dispositions contractuelles afin d'y inclure la possibilité de résilier les contrats des fournisseurs dont la chaîne d'approvisionnement serait teintée de travail forcé pour concrétiser formellement ses ambitions directement dans les contrats qu'il passe avec ses fournisseurs[158]. Toutefois que le SPAC a annoncé qu'il ne surveillera pas activement la conformité avec son code (SPAC, 2021). Le SPAC se réserve toutefois la possibilité de faire enquête s'il l'estime pertinent (SPAC, 2021).





149 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, AP-132.

150 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, AP-132.

151 *Exigences relatives à l'achat éthique de vêtements*, AP-132.

152 *Code de conduite pour l'approvisionnement*, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 13 août 2021, en ligne : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/cca-ccp-fra.html> (ci-après : « *Code de conduite pour l'approvisionnement* »).

153 *Code de conduite pour l'approvisionnement*, article 3.

154 *Code de conduite pour l'approvisionnement*, articles 4, 8 et 10.

155 *Code de conduite pour l'approvisionnement*, article 3.

156 *Code de conduite pour l'approvisionnement*, article 3.

157 *Code de conduite pour l'approvisionnement*, article 3.

158 *Livre 2 de transition pour la ministre 2021 : Responsabilité essentielle 1 - Achat de biens et de services*, Services publics et Approvisionnement Canada, section « Approvisionnement éthique : Lutter contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement », en ligne : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/trans/cahiersinfoministre-ministertransmaterial/2021/livre2-book2/p1-fra.html#a8>.

**[233] Aide au développement.** Suivant la *Loi sur la responsabilité en matière d'aide au développement officielle*[159], l'aide au développement fournie à l'étranger par le Canada doit contribuer à lutter contre le travail forcé. À ce titre, tous les accords commerciaux auxquelles le Canada est membre incluent des engagements (à la force normative variable) relatifs à la lutte contre l'exploitation des travailleurs (Plouffe-Malette et Brisson, 2019, p. 86 et s.; Plouffe-Malette, 2020, p. 2 et s.).

### 1.4.3 CAS DES OUÏGHOURS

**[234] Traitement spécifique.** L'exploitation alléguée des Ouïghours au Xinjiang se démarque des autres situations de travaux forcés dans les chaînes d'approvisionnement par son caractère massif et son contexte géopolitique particulier. De ce fait, il existe une certaine pression pour que cette situation reçoive une attention particulière des autorités canadiennes. Pourtant, la législation est restée silencieuse jusqu'ici. De son côté, la Cour fédérale a refusé d'interdire l'importation des marchandises issues du Xinjiang[160]. *In fine*, seul le gouvernement canadien a pris position sur la question.

**[235] Position gouvernementale.** L'*Avis d'Affaires mondiales Canada sur la conduite des affaires avec des entités liées au Xinjiang*[161], adopté en 2021, rappelle les attentes du gouvernement canadien en matière de respect des droits de la personne à l'étranger, ce qui inclut l'absence de recours au travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. De plus, le gouvernement appelle les entreprises à la vigilance rendue nécessaire par le risque de travail forcé des Ouïghours. En parallèle, Affaires mondiales Canada travaille désormais à conscientiser les entreprises à ce sujet et à leur demander de se prémunir contre ces risques (Gouvernement du Canada, 2022 (2)); Affaires mondiales Canada, 2023). Le Service des délégués commerciaux participe notamment à cet effort (Affaires mondiales Canada, 2021 (2)).

**[236] Déclaration d'intégrité.** Le gouvernement demande aux entreprises dont les chaînes d'approvisionnement s'insèrent au Xinjiang de signer pour le compte de leur groupe une « Déclaration d'intégrité sur la conduite des affaires avec des entités du Xinjiang »[162]. À travers la signature de cette déclaration, l'entreprise affirme qu'elle met en place les bonnes pratiques pour prévenir le travail forcé et affirme que ses produits n'en sont pas teintés. En cas de refus de signer cette déclaration d'intégrité, l'entreprise pourrait se voir refuser l'accès au Service des délégués commerciaux.

## 1.5 DROIT DES VALEURS MOBILIÈRES

**[237] Position de l'AMF.** Le 4 septembre 2018, l'Autorité des marchés financiers du Québec (ci-après : « AMF ») a publié l'*Avis relatif aux obligations d'information en*

159 *Loi sur la responsabilité en matière d'aide au développement officielle*, LC 2008, c 17.

160 *Kilgour v. Canada*, 2022 FC 472.

161 *Avis d'Affaires mondiales Canada sur la conduite des affaires avec des entités liées au Xinjiang*, Affaires mondiales Canada, en ligne : <https://www.international.gc.ca/global-affairs-affaires-mondiales/news-nouvelles/2021/2021-01-12-xinjiang-advisory-avis.aspx?lang=fra>.

162 *Déclaration d'intégrité sur la conduite des affaires avec des entités du Xinjiang*, Affaires mondiales Canada, en ligne : <https://www.international.gc.ca/global-affairs-affaires-mondiales/news-nouvelles/2021/2021-01-12-xinjiang-declaration.aspx?lang=fra>.

*matière d'esclavage moderne*[163]. L'AMF motive sa prise de position par l'intérêt croissant des investisseurs institutionnels canadiens pour la question du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Néanmoins, en substance, cet avis n'est qu'une lecture de l'application du « droit commun » des valeurs mobilières en vigueur à cet enjeu spécifique. Il ne s'agit donc pas de droit nouveau. Toutefois, cette intervention n'est pas superfétatoire. D'une part, elle a le mérite d'adresser un message clair aux entreprises pour qu'elles ne puissent plus ignorer la question. D'autre part, l'application du droit des valeurs mobilières à cet enjeu n'était pas évidente. L'AMF a donc contribué à créer de la sécurité juridique en la matière.

**[238] Divulgation des risques.** L'AMF rappelle qu'en vertu de la rubrique 5.2 de l'*Annexe 51-102A2, Notice annuelle*[164], les émetteurs doivent divulguer les facteurs de risques susceptibles d'influencer les décisions des investisseurs[165]. Ces risques sont qualifiés d'« importants » dans la réglementation et de « matériel » selon la terminologie doctrinale. De plus, la rubrique 1.4 §g de l'*Annexe 51-102A1, Rapport de gestion*[166] demande aux émetteurs de commenter lesdits risques[167]. De plus, l'AMF indique dans son avis que :

> L'information concernant l'esclavage moderne est importante si la décision d'un investisseur raisonnable, d'acheter, de vendre ou de conserver des titres de l'émetteur serait différente si l'information était passée sous silence ou formulée de façon incorrecte.
>
> L'émetteur devrait juger si la nature de ses activités lui commande de traiter des risques liés à la problématique de l'esclavage moderne dans ses documents d'information continue. À titre d'exemple, un émetteur pourrait notamment faire face aux catégories de risques suivantes : risques de litiges, risques réglementaires, risques de réputation et risques opérationnels. Les émetteurs devraient également évaluer l'importance des risques qui pèsent sur leur chaîne d'approvisionnement, le cas échéant[168]. (Nous soulignons)

**[239] Divulgation de la RSE.** L'AMF rappelle qu'en vertu de la rubrique 5.1§4 de l'*Annexe 51-102A2, Notice annuelle*, les émetteurs doivent détailler les politiques sociales fondamentales pour leurs activités qu'ils mettent en œuvre[169]. Elle précise que ces politiques peuvent inclure les stratégies relatives au travail forcé. De plus, elle rappelle que le droit de valeurs mobilières oblige les émetteurs à rendre publics les

163 *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne, Autorité des marchés financiers*, Québec, 4 septembre 2018, en ligne : <https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-amf/2018/2018sept04-avis_esclavage_moderne-fr.pdf> (ci-après : « *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne* »).

164 *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*, RLRQ c v-1.1, r 24, (ci-après : « Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue »), Annexe 51-102A2, Notice annuelle, rub. 5.2.

165 *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne*, p. 3.

166 *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne*, Annexe 51-102A1, Rapport de gestion rub 1.4 §g.

167 *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne*, p. 3.

168 *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne*, p. 3-4.

169 *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne*, p. 4.

codes de conduites qu'ils adoptent[170]. Ces codes peuvent inclure des dispositions portant sur la prévention du recours au travail forcé.

**[240] Généralisation.** L'AMF est la seule autorité en valeurs mobilières au Canada à avoir officiellement pris position sur le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Les autres autorités provinciales sont restées silencieuses sur la question. Toutefois, les obligations pesant sur les émetteurs en matière de divulgation des risques et des stratégies de RSE (qui incluent le travail forcé) sont substantiellement très similaires dans les autres provinces. Par conséquent, les enseignements de l'avis de l'AMF sont largement généralisables à la mise en conformité avec le droit des valeurs mobilières pertinent des autres provinces.

## 1.6 PROTECTION DU CONSOMMATEUR

**[241] Dispositions applicables.** Au Québec, l'article 219 de la *Loi sur la protection du consommateur*[171] dispose que : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur ». La loi ouvre ici des recours contractuel[172], administratif[173] et pénal[174] (Lampron, 2005, p. 495 et s.). Par ailleurs, l'article 74.01(1) de la *Loi sur la concurrence*[175] dispose que :

> Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques : a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important ; […].

Le droit de la concurrence ouvre ici la voie à plusieurs recours (Lampron, 2005, p. 483 et s.). Ainsi, le commissaire de la concurrence peut recommander au procureur général d'ouvrir une poursuite criminelle en vertu de l'article 52(1) de la Loi. De plus, des recours de nature civile ou administrative peuvent être intentés pour obtenir l'application des sanctions prévues à l'article 74.1 de la Loi.

**[242] Communication répréhensible.** Le consommateur est protégé par les droits de la consommation et de la concurrence contre les communications d'entreprises qui pourraient les induire en erreur (Biron et Goffaux Callebaut, 2016, p. 469 et s.). Certes, *a priori*, ce principe est déconnecté du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Cependant, les sociétés donneuses d'ordre s'affichent souvent comme adoptant des pratiques éthiques vis-à-vis de leurs chaînes d'approvisionnement, via des codes de conduite ou encore des labels. Ces

170 *Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne*, p. 4.

171 *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1 (ci-après : « Loi sur la protection du consommateur »).

172 *Loi sur la protection du consommateur*, article 272.

173 *Loi sur la protection du consommateur*, articles 311 et 312.

174 *Loi sur la protection du consommateur*, articles 277 et 278.

175 *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34.

engagements peuvent inclure la lutte contre le travail forcé. Ces engagements rendus publics peuvent théoriquement faire l'objet d'un contrôle sur le fondement des dispositions susnommées (Biron et Goffaux Callebaut, 2016, p. 469 et s.). C'est donc par ce biais que les droits de la consommation et de la concurrence peuvent connaître des pratiques liées au travail forcé. Ce cadre légal incite donc les entreprises à rendre publiques des informations véridiques sur les enjeux liés au travail forcé (Biron et Goffaux Callebaut, 2016, p. 470).

**[243] Généralisation.** À l'instar du droit des valeurs mobilières, le droit à la consommation dans les autres provinces compte sur des dispositions similaires à celles du Québec. Son application leur est donc largement généralisable. D'ailleurs, en Colombie-Britannique une action collective de consommateurs arguant avoir inconsciemment acheté des produits chocolatés teintés de travail forcé est en cours contre l'entreprise *Hershey*[176] (Koskie Minsky, 2023; Jewett, 2022). La poursuite est fondée sur le droit de la concurrence et sur la représentation trompeuse (*misrepresentation*) de *common law*. De son côté, le droit de la concurrence est une compétence fédérale et s'applique à l'échelle du pays.

## 2. UN DROIT INSUFFISANT

### 2.1 ANALYSE DU DROIT CRIMINEL

**[244] Fonction.** Les droits de la personne et des travailleurs peuvent être vus comme la base de la lutte contre le travail forcé, car ils affirment les droits des travailleurs. Mais, le droit criminel en est la clé de voûte. En effet, il est la branche du droit la mieux à même de souligner la gravité de l'implication d'entreprises canadiennes dans des faits de travail forcé à l'étranger et d'affirmer son caractère odieux à travers la punition. Il permet d'établir clairement que des pratiques sont interdites et peut les assortir de lourdes sanctions. De plus, il permet de mettre fin à l'infraction et ouvre la voie à une réparation pour les victimes. Le droit criminel joue donc un rôle de sanction essentiel. De plus, il peut avoir un effet disciplinaire qui incite les entreprises à mettre en place des mesures de prévention.

**[245] Application inconnue.** Théoriquement, le droit criminel canadien admet la possibilité de retenir la responsabilité criminelle d'une société donneuse canadienne impliquée dans du travail forcé dans sa chaîne d'approvisionnement à l'étranger ou qui en profite sciemment. De plus, la responsabilité de ses dirigeants impliqués dans ces infractions pourrait également être retenue. Les complications liées à la responsabilité criminelle des personnes morales sont inhérentes à un tel régime. Néanmoins, cette possibilité n'a jamais été testée devant les tribunaux (Comité permanent des affaires étrangères et du développement international, 2018, p. 44). Le fonctionnement précis d'une telle responsabilité est donc encore inconnu.

**[246] Ignorance institutionnelle.** Pour rendre effectif le droit criminel sur le travail forcé, il est indispensable de déployer des stratégies de mise en œuvre adaptées. Pour l'instant, les stratégies en la matière ciblent avant tout l'exploitation des travailleurs sur

176 *Leaf v. Hershey Canada Inc.*, 2022 BCSC 1094.

le territoire national. La lutte contre le proxénétisme et la servitude domestique constituent les priorités du gouvernement fédéral en la matière (Gouvernement du Canada, 2023 (1); Gouvernement du Canada, 2023 (2)). Cependant, la responsabilité criminelle d'une entreprise canadienne vis-à-vis de l'exploitation de la main-d'œuvre dans sa chaîne d'approvisionnement reste un impensé des stratégies canadiennes en matière de traite des personnes. Malheureusement, cela signifie que les institutions pertinentes (police, ministère de la Justice, etc.) pour la prévention et l'application du droit criminel ne disposent pas (encore ?) de l'expertise nécessaire pour rendre effectif et efficace le droit criminel en la matière.

**[247] Difficultés prévisibles.** Il n'est pas certain que le droit criminel puisse être appliqué avec succès à des cas d'espèce dans lesquels l'implication criminelle de sociétés donneuses d'ordre dans des faits de travail forcé serait pourtant réelle. En effet, il devrait être extrêmement difficile de prouver « hors de tout doute raisonnable » qu'une société donneuse d'ordre s'est rendue coupable d'exploitation de travailleurs forcés par un sous-traitant (le plus souvent indirect) ou qu'elle en a sciemment tiré profit. Premièrement, l'*actus reus* sera complexe à établir. D'une part, la situation de travail forcé sera difficile à prouver étant donnée sa nature inhéremment clandestine et les obstacles reliés à la réunion des preuves d'un fait criminel commis à l'étranger. D'autre part, démontrer une forme de contrôle ou de direction de la société donneuse d'ordre sur les travailleurs forcés de son sous-traitant s'annonce également ardu. Cependant, alléguer qu'un « simple » profit a été réalisé grâce au travail forcé sera théoriquement plus facile à alléguer efficacement. Deuxièmement, la *mens rea* sera particulièrement difficile à établir. En effet, il faudra démontrer que la société donneuse d'ordre a eu l'intention d'exploiter des travailleurs forcés ou en a tiré profit en toute connaissance de cause. Ici, les procédures mises en place par les entreprises pour prévenir l'insertion de travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement devraient jouer un rôle exonératoire de responsabilité. Et ce, même si elles ont été adoptées de mauvaise foi. En bout de ligne, le fait que le droit criminel n'ait pas été mis en avant dans l'affaire *Nevsun* illustre bien que les difficultés liées à la procédure pénale sont vues comme rédhibitoires. À titre d'exemple, un rapport parlementaire fédéral souligne que la mise en application de nouvelles règles supplémentaires sur le sujet en droit criminel serait onéreuse et que les obstacles pratiques aux enquêtes seraient considérables (Comité permanent des affaires étrangères et du développement international, 2018, p. 44).

## 2.2 ANALYSE DU DROIT DOUANIER

**[248] Fonction.** La récente réforme du droit douanier a fait le lien indispensable entre l'absence d'exploitation des travailleurs étrangers et la légitimité de l'introduction sur les marchés canadiens des marchandises qui en sont issues. Elle envoie un message clair aux entreprises sur leurs responsabilités quant à l'importation de marchandises teintées de travail forcé. De plus, le fait que le gouvernement canadien appelle les entreprises à mettre en place des procédures visant à s'assurer de ne pas importer de marchandises teintées de travail forcé est particulièrement pertinent. En effet, de telles mesures jouent un rôle de prévention. Par ailleurs, le contrôle aux frontières peut être assimilé à une forme de transparence s'il nécessite d'attester du lieu d'origine des produits et de leurs conditions de production (Bateman et Bonnani, 2019). Néanmoins, le droit douanier n'interdit pas aux entreprises canadiennes d'avoir du travail forcé dans leurs chaînes

d'approvisionnement, pas plus qu'il n'empêche les marchandises ainsi produites d'être vendues dans d'autres pays. Par ailleurs, la question d'interdictions d'importation « géographiques » de principe mériterait d'être étudiée par le législateur canadien. Cela permettrait de pallier aux limites inhérentes d'une interdiction dépendante de la détection aux frontières pour être efficace.

**[249] Mise en œuvre.** La portée réelle de l'interdiction d'importation de marchandises teintées de travail forcé dépend de l'efficacité des douanes à les identifier. En l'occurrence, la dimension spécifique de cette mesure soulève des difficultés. En effet, en matière de marchandises, le travail des douaniers porte traditionnellement sur les produits importés en eux-mêmes, leur nature justifiant leurs interdictions d'importation. Dans ce cadre, les conditions de fabrication de ces marchandises à l'étranger ne sont pas un critère pertinent. Cependant, bannir les marchandises teintées de travail forcé renverse cette logique. Celles-ci sont interdites d'importation du fait de leurs conditions de production et non de leur nature. Produites vertueusement, elles seraient importées légalement. Malheureusement, la présence de ce fléau ne peut pas être détectée par un simple examen des produits importés. Cette réforme oblige donc l'ASFC à obtenir de l'information reliée aux conditions de travail dans la chaîne d'approvisionnement pour pouvoir être mise en œuvre. Là n'est pas le cœur du métier des douaniers. Il est donc nécessaire de développer une expertise nouvelle en la matière et d'affecter des moyens suffisants aux institutions pertinentes. La capacité du droit douanier à empêcher les marchandises teintées de travail forcé à entrer au Canada dépendra donc beaucoup de la volonté des pouvoirs publics en la matière. Force est de constater que ces conditions ne sont pas encore réunies en la matière.



**[250] Application.** Le 15 novembre 2021, le *Globe and Mail* rapportait un événement inédit au Canada (Steven Chase, 2021). L'ASFC venait de saisir des marchandises importées de l'étranger au motif qu'elles étaient teintées de travail forcé. Il s'agissait de vêtements pour femmes et enfants fabriqués en Chine et arrivés au Québec. La date et l'identité de l'importateur sont confidentielles et n'ont pas été divulguées. Les marchandises ont été restituées en mai 2022 après que l'importateur ait contesté cette décision avec succès en démontrant qu'elles n'étaient pas teintées de travail forcé (Chase, 2022 (1)). Jusqu'ici, il s'agit de l'unique saisie effectuée au Canada pour ce motif (Chase, 2022 (1)). De leur côté, les États-Unis interdisent depuis longtemps l'importation de marchandises teintées de travail forcé et sont plus efficaces. Ils ont déjà saisi plus de 1 400 cargaisons pour ce motif (Chase, 2022 (2)). Cette comparaison prouve que cette mesure peut rencontrer du succès si les conditions sont réunies.

## 2.3 ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

**[251] Fonction.** La possibilité pour les travailleurs forcés étrangers de poursuivre au civil l'entreprise canadienne donneuse d'ordre impliquée dans son exploitation est désormais admise en *common law* canadienne. De ce fait, la jurisprudence contribue à protéger les travailleurs forcés. Elle peut donc théoriquement permettre aux victimes d'obtenir réparation de leurs préjudices, autant dans des décisions de fonds que lors d'accords transactionnels. De plus, les réparations octroyées constituent une forme de sanction des entreprises pour leurs inconduites dans la gestion de leur chaîne d'approvisionnement. Par ailleurs, la jurisprudence permet d'établir des normes de comportement minimales fondées sur l'interdit, même en l'absence de base légale

spécifique sur le sujet. La jurisprudence civile peut donc suppléer (imparfaitement) le droit criminel, qu'elle tend malheureusement à remplacer du fait de ses difficultés d'application.

**[252] Stade embryonnaire.** La jurisprudence de *common law* a uniquement rendu des décisions de nature procédurale qui ne présagent que partiellement. Si elles fournissent certains renseignements, il ne faut pas non plus en exagérer la portée des règles jurisprudentielles de fond applicables. Le fonctionnement précis des mécanismes dont l'utilisation est validée par les tribunaux est toujours inconnu, autant pour le *duty of care* que pour le droit international coutumier. Toutefois, dans l'ensemble, les décisions rendues affirment une tendance de fond des tribunaux de *common law* à placer les entreprises face à leurs responsabilités. De son côté, la jurisprudence de droit civil est toujours silencieuse, mais elle pourra difficilement se développer sans loi sur le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement.

## 2.4 ANALYSE DES STRATÉGIES GOUVERNEMENTALES

**[253] Ambition pour le public.** La position gouvernementale en la matière est claire : pour contracter et maintenir sa relation d'affaire avec le SPAC en matière de vêtement et, plus généralement avec le TPSGC, les marchandises fournies ne doivent pas être teintées de travail forcé et les entreprises importatrices cocontractantes doivent travailler à prévenir son occurrence. Néanmoins, l'efficacité de ces mesures dépendra beaucoup de la proactivité du SPAC pour contrôler la mise en conformité des entreprises. En l'occurrence, ses déclarations indiquent qu'il préfère s'en remettre à la confiance plutôt qu'au contrôle.

**[254] Souplesse pour le privé.** Le gouvernement fédéral s'appuie sur des instruments relevant de la *soft law* pour demander aux entreprises de respecter des pratiques vertueuses dans leurs chaînes d'approvisionnement. Cela inclut le fait de ne pas y retrouver de travail forcé. Les normes édictées par le gouvernement fédéral envoient un message aux entreprises quant aux attentes de la société canadienne en matière de conditions de travail dans les chaînes d'approvisionnement. Elles envoient également un message aux tribunaux, lesquels sont incités à se montrer ambitieux en matière de lutte contre le travail forcé. Cependant, cette stratégie normative ne rend pas juridiquement obligatoire pour les entreprises de lutter contre le travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement. En effet, les entreprises ne risquent aucune sanction judiciaire au motif qu'elles n'auraient pas respecté les stratégies gouvernementales en vigueur. Elles ne s'exposent qu'au retrait de services gouvernementaux qui, ne sont pas indispensables à leur fonctionnement. Malheureusement, le recours à des normes non contraignantes assorti de faibles sanctions non juridiques est peu utile pour changer le comportement des entreprises. La stratégie gouvernementale est donc inefficace pour protéger les travailleurs forcés dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises privées.

**[255] Instances inefficaces.** Les mécanismes de règlement parajudiciaire des différends établis par le gouvernement canadien reposent sur la bonne volonté des parties. Ils sont donc particulièrement mal adaptés à la protection des travailleurs forcés, car ils pourront très difficilement les mobiliser. Par définition, l'exploitation qu'ils subissent les prive de la liberté de s'opposer à leur « employeur ». Il est donc irréaliste

d'estimer qu'elles pourront saisir ces institutions pour y négocier avec ceux qui les exploitent. En matière de travail forcé, le parajudiciaire ne saurait se substituer efficacement aux tribunaux.

**[256] Possibilités restreintes.** Certains défauts de la position gouvernementale sur les entreprises privées sont évitables. La rédaction des stratégies gouvernementales devrait être moins ambiguë et leur logique devrait être moins commerciale ; les instances de règlement des différends pourraient être dotées de pouvoirs d'enquête accrus. Néanmoins, en tant que pouvoir exécutif, le gouvernement n'est ni législateur ni juge. Le pouvoir de fixer des normes générales de comportement contraignantes appartient au législateur. Le pouvoir de sanctionner une entreprise pour ses liens avec le travail forcé et de la contraindre à indemniser ses victimes appartient à l'appareil judiciaire. Les compétences du pouvoir exécutif sont donc limitées quand il en vient à l'édiction de normes adaptées pour lutter contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement : juridiquement obligatoires et lourdement sanctionnées. Indépendamment de leurs qualités intrinsèques, les solutions gouvernementales en la matière sont peu utiles. De ce point de vue, il n'est donc pas surprenant que le gouvernement soit plus ferme avec ses propres partenaires commerciaux, car il en va de ses prérogatives en tant que cocontractant. Par conséquent, la principale critique à adresser au gouvernement est donc son manque de proactivité au Parlement canadien pour faire adopter des législations pertinentes.

## 2.5 ANALYSE DU DROIT DES VALEURS MOBILIÈRES

**[257] Fonction.** Théoriquement, la divulgation des risques de présence de travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement et la façon dont ils sont adressés peut avoir des impacts positifs sur les conditions de travail dans les chaînes d'approvisionnement. En effet, cela peut permettre aux investisseurs de privilégier les entreprises vertueuses en la matière au détriment des entreprises qui ne le seraient pas.

**[258] Limites techniques.** L'information divulguée dans le cadre légal actuel permet difficilement au marché de trier le bon grain de l'ivraie. D'une part, les informations divulguées par les différentes entreprises ne sont que rarement comparables. D'autre part, le manque de contrôle et de sanction par les autorités publiques sur la véracité de ces informations impacte négativement sa crédibilité. De ce fait, le droit en vigueur n'établit pas une véritable transparence en la matière et son utilité est limitée.

**[259] Limites intrinsèques.** L'application du droit commun des valeurs mobilières est sans doute insuffisante pour permettre aux acteurs des marchés financiers de se désengager des entreprises les moins vertueuses. En effet, le droit des valeurs mobilières en vigueur n'envisage les enjeux soulevés par le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement qu'à travers ses risques pour les investisseurs. La dimension sociale est donc subordonnée à une logique financière. Or, il n'est pas certain que la teinte des marchandises impacte substantiellement la valeur financière des entreprises. C'est donc « à bon droit » qu'elles peuvent considérer que le risque de travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement n'a pas lieu de faire l'objet d'une divulgation. Le fait qu'un projet de loi visant à établir des obligations de transparence en matière de travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement (voir *infra*) soit actuellement soutenu par le gouvernement fédéral montre bien que le travail forcé n'est

pas un risque matériel financièrement. Cela illustre également qu'un cadre normatif qui lui est adapté est nécessaire pour rendre la transparence efficace. En bout de ligne, tant que le droit des valeurs mobilières au Canada ne fera pas sa révolution pour accorder une place sérieuse à l'information non financière, il ne sera pas une avenue pertinente pour protéger les travailleurs forcés étrangers.

### 2.6 ANALYSE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

**[260] Rôle des marchés de la consommation.** À l'instar des marchés financiers, les marchés de la consommation peuvent théoriquement permettre de discipliner les entreprises en matière de travail forcé. Pour cela, il faut que les consommateurs disposent d'informations sur le caractère vertueux ou non des produits qu'ils achètent vis-à-vis de cette problématique. Ainsi, les consommateurs peuvent empêcher les produits teintés de travail forcé d'être profitables en refusant de les acheter. À la condition toutefois que les consommateurs effectuent leurs choix en ce sens. Le droit peut donc jouer un rôle utile en permettant à l'information d'être portée à l'intention du consommateur et en garantissant son exactitude. De plus, le droit de la consommation n'est pas rendu inutile par l'existence d'une interdiction d'importation. En effet, si des marchandises passent entre les mailles du filet, le préjudice des consommateurs ne sera pas couvert par le droit douanier. De ce fait, ces deux dispositifs se complètent.

**[261] Protection insuffisante.** La *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur la protection du consommateur* sont peu efficaces pour éviter la circulation d'informations fausses ou trompeuses en matière de publicité écologique (Lampron, 2005). La similitude entre publicité écologique et communication des entreprises liée aux conditions de travail à l'étranger tend à indiquer que ce constat devrait lui être étendu. De plus, si la Loi interdit les pratiques trompeuses (obligations négatives), les entreprises n'ont pas l'obligation d'informer les consommateurs des conditions de travail grâce auxquelles les marchandises qu'ils achètent ont été produites (obligations positives). De ce fait, le droit canadien n'est pas suffisant pour protéger le consommateur, ce qui empêche le marché de jouer pleinement son rôle.

## CONCLUSION

### UN CADRE JURIDIQUE INSUFFISANT

**[262] Panorama.** Le droit criminel prohibe le recours au travail forcé et le fait d'en tirer profit par le biais de différentes interdictions portant sur la traite des personnes. Le droit douanier interdit d'importer des marchandises teintées de travail forcé sur le territoire canadien. Bien qu'aucune décision de fond n'ait été rendue en la matière, la jurisprudence de *common law* permettra vraisemblablement d'engager la responsabilité civile des sociétés donneuses d'ordre impliquées activement dans des faits de travail forcé. Le gouvernement fédéral utilise ses prérogatives contractuelles pour chasser le travail forcé de ses propres chaînes d'approvisionnement. Il utilise la *soft law* pour demander aux entreprises privées d'agir pour éviter que ce fléau se retrouve chez leurs sous-traitants. De plus, ses éventuelles victimes peuvent saisir des instances parajudiciaires de règlement des différends pour obtenir réparation et mettre fin à leur exploitation. Le droit des valeurs mobilières demande aux entreprises qu'elles divulguent les risques matériels reliés au travail forcé auxquels elles sont exposées. Elles ont également l'obligation de rendre publiques les stratégies qu'elles déploient en

la matière. Enfin, les droits de la concurrence et de la consommation interdisent aux entreprises de tromper les consommateurs dans leurs communications relatives au travail forcé. Ultimement, il faut préciser que l'absence du droit du travail ne doit pas surprendre, car telle n'est pas sa fonction. Il vise à encadrer la relation entre employeurs et travailleurs et non à punir des activités criminelles gravissimes.

**[263] Composition.** Le droit canadien en vigueur sur le sujet est une construction hétéroclite mélangeant lois (majoritairement fédérales), jurisprudence (de *common law*) et norme de *soft law* (du gouvernement canadien). Tout d'abord, le droit canadien sur le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement ne le cible pas toujours spécifiquement. Il s'applique également par le biais de notions comme la traite de personnes, les droits de la personne (qui n'incluent pas expressément le « travail forcé »), la communication fausse ou trompeuse, etc. Paradoxalement, peu de dispositions composant le *corpus* de normes mobilisable pour lutter contre ce fléau confèrent une protection directe aux travailleurs dans les chaînes d'approvisionnement. En effet, plusieurs normes visent à les protéger indirectement en responsabilisant les entreprises par le biais de leur portefeuille, grâce aux marchés, à l'interdiction d'importation ou à l'encadrement de la communication commerciale. Par ailleurs, du fait de l'absence d'application à des cas d'espèce pertinents, nombre de ces règles ne s'appliquent au travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement que de manière théorique. Le travail de recension mené ici se trouve donc parfois à mi-chemin entre le droit positif et le droit prospectif. C'est notamment le cas pour le droit criminel ou encore la jurisprudence. Finalement, la protection des travailleurs forcés à l'étranger dans les chaînes d'approvisionnement se fait soit par l'utilisation inventive de règles qui n'ont pas été développées dans cet objectif, soit par le biais des mesures dont le but est d'empêcher leur exploitation d'être payante. Malheureusement, cette approche ne fait pas du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement une notion réellement autonome en droit canadien. De plus, elle brouille le message adressé aux entreprises.

**[264] Problèmes d'applicabilité transversaux.** Les règles de droit identifiées font l'objet d'une mise en application dont l'efficacité n'est pas optimale. « Pour qu'un texte soit applicable, la Loi ne suffit pas. Il faut de la tuyauterie derrière » (Zolomian, 2022). C'est justement cet appareillage qui fait défaut au droit canadien. Premièrement, plus les normes étudiées ciblent spécifiquement le travail forcé et esquissent des obligations efficaces sur le sujet, moins elles sont contraignantes, et inversement. De plus, les sanctions juridiques auxquelles les entreprises les moins vertueuses sont exposées peuvent sembler minimes en comparaison avec la gravité de ce phénomène. Pire, elles restent très hypothétiques étant donné les difficultés que les instances judiciaires et parajudiciaires auront pour les concrétiser. Deuxièmement, les obstacles procéduraux à la responsabilisation par les tribunaux des sociétés donneuses d'ordre vis-à-vis du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement n'ont pas été levés, autant dans le domaine criminel que civil. Les demandeurs se heurteront à un double volet de difficultés probatoires majeures : prouver qu'ils ont été exploités et prouver que la société donneuse d'ordre était fautivement impliquée dans cette exploitation. En effet, la nécessité d'établir un contrôle n'a pas été écartée (Wen et Zhao, 2020, p. 135). Mais le régime probatoire n'a pas fait l'objet d'aménagement pour alléger le fardeau des victimes. Troisièmement, le Canada ne s'est pas assuré que son droit sur le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement soit appliqué efficacement. Les institutions

chargées de contrôler le respect des normes canadiennes en la matière ne sont pas dotées de tous les moyens et pouvoirs nécessaires pour remplir leurs missions. En bout de ligne, la combinaison de ces limites à l'applicabilité du droit confère une obligatoriété réelle limitée aux règles juridiques visant à lutter contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Ainsi, derrière l'interdiction de principe du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement se cache une certaine permissivité.

**[265] Caractère systémique ignoré.** Dans sa globalité, le modèle canadien de lutte contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement ne répond pas à les causes profondes de ce fléau. Deux lacunes sont à l'origine de cet obstacle rédhibitoire à l'efficacité du droit canadien. Premièrement, le droit en vigueur n'est pas en mesure d'adresser la nature systémique du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement et d'assurer sa prévention. Ce constat a été fait par la doctrine pour le droit criminel (fondé sur l'enquête policière et les poursuites pénales) (Landau et Marshall, 2018, p. 315 et 322; Jagers et Rijken, 2014, p. 48). En effet, celui-ci n'adresse pas la répartition de pouvoir entre les entreprises donneuses d'ordre, les employeurs et les travailleurs; il n'implique pas un rôle actif de l'État de la prévention et les entreprises peuvent le respecter sans changer les pratiques critiquables qui en sont à l'origine (Landau et Marshall, 2018, p. 322-323). De fait, ce constat doit être étendu aux autres dispositions canadiennes actuellement en vigueur. Toutes font les mêmes omissions et aucune d'entre elles ne vise suffisamment juste avec assez de mordant. Deuxièmement, le droit des sociétés canadien élude complètement le sujet. Il ne prévoit aucune obligation de prise en compte de cet enjeu, que ce soit *via* la gouvernance, la vigilance ou la transparence. Pourtant, il s'agit du domaine juridique qui influe le plus sur la stratégie des entreprises et leurs procédures de gestion de risques. Il s'agit donc d'un angle mort majeur pour le droit canadien.

**[266] Bilan négatif.** Force est de constater qu'au Canada la législation demeure peu outillée pour lutter efficacement contre l'esclavage moderne dans la chaîne d'approvisionnement des entreprises canadiennes (Plouffe-Malette et Brisson, 2019, p. 91). Par conséquent, Plouffe-Malette et Brisson dénoncent le manque d'adéquation entre les engagements du Canada contre le travail forcé et leur implémentation dans la Loi (Plouffe-Malette et Brisson, 2019, p. 85). De fait, le droit canadien est incomplet. Il répond présent sur deux points. D'une part, il donne ses fondements à la lutte contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement à travers les droits qu'il reconnaît aux travailleurs étrangers. Cette reconnaissance se fait notamment par le biais d'adhésions à des textes internationaux établis par l'OIT, l'ONU et l'OCDE. D'autre part, il compte sur une clé de voûte (malheureusement imparfaite) nécessaire à un tel cadre juridique : le droit criminel et la responsabilité civile, son palliatif. En effet, ces mécanismes permettent théoriquement de sanctionner les entreprises donneuses d'ordre fautives et de réparer le préjudice des victimes. Au regard de leur application indirecte au travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement et de leur manque d'efficacité, les autres mesures en place jouent au mieux un rôle d'appoint ou, au pire, occupent une fonction simplement cosmétique. En fait, le droit canadien ne compte pas sur les deux arcs indispensables pour faire le lien entre les droits des travailleurs et la responsabilité pour faute des sociétés donneuses d'ordre. D'un côté, la vigilance qui obligerait les entreprises à prévenir les occurrences de travail forcé dans leurs chaînes d'approvisionnement; d'un autre côté, la transparence qui exigerait des entreprises

qu'elles rendent publiques leurs actions en la matière. Ces deux pratiques sont simplement recommandées par le gouvernement canadien, mais elles ne sont absolument pas obligatoires.

**[267] Nuances.** Ce jugement final peut sembler sévère. Plusieurs éléments, à la pertinence variable, permettent toutefois de le nuancer. Tout d'abord, le droit portant sur le travail forcé dans la chaîne d'approvisionnement est particulièrement récent et est encore en plein développement. L'analyse a donc sûrement porté sur un *corpus* de normes transitoires. Du moins, il faut l'espérer. Par la suite, une approche de droit comparé révélerait que le Canada n'est pas nécessairement un retardataire en la matière. À quelques exceptions près, les droits des autres pays développés comptent sur un paysage normatif similaire et des défauts quasi identiques. Enfin, quitter l'approche positiviste pour une lecture plus postmoderne pourrait aboutir à une évaluation différente. En effet, sous cette optique, les messages envoyés par le droit, le risque de réputation ou encore la proactivité des entreprises sont pris en compte de manière plus importante. La lecture de l'efficacité des normes étudiées s'en trouverait changée. Reste à savoir si cette approche décrit la réalité de la réception des normes par les entreprises. Rien n'est moins sûr …

## VERS DES RÉFORMES

**[268] Prise de conscience.** La prise de conscience du Canada à l'égard des différentes formes de travail forcé a été progressive et demeure relativement jeune (Coleman et Barnett, 2021, p. 11). Elle est encore plus récente concernant la problématique spécifique de ce fléau dans les chaînes d'approvisionnement. Ici, le rôle du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international du Parlement fédéral canadien est à souligner. Le rapport *Appel à l'action : éliminer toutes les formes de travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement* émis en octobre 2018 par le Comité permanent des affaires étrangères et du développement international (Comité permanent des affaires étrangères et du développement international, 2018) est à marquer d'une pierre blanche. En effet, il a inscrit à l'agenda législatif la problématique du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement. Par la suite, en mars 2021, ce même comité a publié un autre rapport intitulé *La situation des droits de la personne du peuple ouïghour au Xinjiang, en Chine* (Comité permanent des affaires étrangères et du développement international, 2021). Il a ainsi contribué à rappeler l'importance de la question. Ces deux rapports ont créé un *momentum* favorable à la réforme du droit canadien en la matière.

**[269] *Momentum* gouvernemental.** Le rapport parlementaire sur le travail des enfants a fait l'objet d'une réponse par le gouvernement canadien (Bibeau, 2018). Celle-ci affirmait la volonté du gouvernement fédéral de travailler à l'élimination du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises canadiennes, tout en annonçant examiner l'introduction de réformes en la matière. En droite ligne, le gouvernement fédéral a lancé une consultation sur l'exploitation de la main-d'œuvre dans les chaînes d'approvisionnement, du 17 mai 2019 au 30 juin 2019 (Emploi et développement social Canada, 2022 (1)). De plus, le gouvernement a répondu au rapport sur l'exploitation des Ouïghours en affirmant en prendre note (Gouvernement du Canada, 2021 (2)). Par la suite, le gouvernement fédéral canadien nouvellement élu a fait de la lutte contre le

travail forcé une des priorités de son mandat. La lettre de mandat du ministre du Travail du 16 décembre 2021 énonce que :

> Avec l'appui du ministre de la Sécurité publique, de la ministre des Services publics et de l'Approvisionnement et de la ministre du Commerce international, de la Promotion des exportations, de la Petite Entreprise et du Développement économique, présenter un projet de loi pour éliminer le travail forcé des chaînes d'approvisionnement canadiennes et faire en sorte que les entreprises canadiennes qui mènent des activités à l'étranger ne contribuent pas à des violations des droits de la personne[177].

Les réflexions du ministère du Travail semblent avoir été amorcées. Une nouvelle consultation des parties prenantes sur le sujet a eu lieu du 11 mars au 8 avril 2022 (Emploi et développement social Canada, 2022 (2)). De plus, en avril 2022, le ministre fédéral du Travail a indiqué étudier un projet de loi qui combinerait l'obligation de transparence et de vigilance, sans préciser s'il s'appuierait sur les projets de loi privés en cours d'examen ou sur un nouveau texte qu'il déposerait (Woolf, 2022). Par ailleurs, le Canada participe désormais à l'Alliance 8.7[178], numéro de l'ODD correspondant à l'élimination du travail forcé, en tant que « partenaire ». Les pays plus engagés ont quant à eux le statut de « pays pionnier ». De plus, les gouvernements australiens, néo-zélandais, anglais, américains et canadiens se sont récemment accordés sur des *Principes pour orienter les mesures gouvernementales de lutte contre la traite des personnes dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*[179]. Ils établissent plusieurs principes que ces États devraient respecter pour éradiquer le travail forcé.

**[270] *Momentum* législatif.** Plusieurs projets de loi touchant à la problématique du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement sont en cours d'examen au Parlement fédéral. Ils sont le fruit d'initiatives parlementaires suscitées par les travaux du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international. Un premier projet cherche à imposer aux entreprises importatrices une obligation de transparence. Il s'agit du projet de loi S-211 intitulé *Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement*[180]. Dans ses grandes lignes, ce texte entend introduire un mécanisme de transparence imposant aux entreprises canadiennes de produire un rapport public dans lequel elles présentent les mesures qu'elles adoptent pour lutter contre le travail forcé et le travail des enfants dans leurs chaînes d'approvisionnement. Fait notable : il a reçu l'appui du gouvernement fédéral (Chase, 2022 (2)). Le ministre du Travail avait notamment fait savoir que le gouvernement proposerait des amendements pour renforcer certaines dispositions de la loi (Bellavance, 2022). À l'heure où ces lignes sont écrites, ce texte est examiné en troisième et dernière lecture à la Chambre des communes. Ses perspectives d'adoption sont sérieuses. Trois autres projets de loi ont été récemment



177 *Lettre de mandat du ministre du Travail*, Cabinet du Premier ministre, 16 décembre 2021, en ligne : <https://pm.gc.ca/fr/lettres-de-mandat/2021/12/16/lettre-de-mandat-du-ministre-du-travail>.

178 *Alliance 8.7*, 2018, en ligne : <https://www.alliance87.org/>.

179 Principes pour orienter les mesures gouvernementales de lutte contre la traite des personnes dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, septembre 2018, en ligne : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/ma-bb/documents/principes-principles-fra.pdf>.

180 PL S-211, *Loi édictant la Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement et modifiant le tarif des douanes*, 1re sess, 44 lég, 2021.

introduits au Parlement canadien. Le projet de loi S-204 (*Loi modifiant le tarif des douanes (marchandises en provenance du Xinjiang)*) veut interdire d'office l'importation de marchandises issues du Xinjiang[181]. Le projet de loi C-262 (*Loi concernant la responsabilité des entreprises de prévenir les incidences négatives sur les droits de la personne qui sont liées à leurs activités commerciales à l'étranger, d'en tenir compte et d'y remédier*) entend créer un devoir de vigilance. Le projet de loi C-263 (*Loi établissant le Bureau du commissaire à la conduite responsable des entreprises à l'étranger et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*) veut transformer l'OCRE en Commissaire tout en le dotant des pouvoirs d'enquête qui lui font présentement défaut[182].

**[271] Recherches futures.** La lutte contre le travail forcé s'annonce comme la nouvelle frontière pour le développement du droit canadien en matière de responsabilisation de ses entreprises transnationales. Les bons choix devront donc être faits pour s'assurer qu'elles s'acquittent de leurs responsabilités. De futures recherches doctrinales seront donc nécessaires pour atteindre cet objectif. Elles devront autant porter sur les réformes actuellement à l'étude que sur les solutions juridiques idéales pour protéger les travailleurs des chaînes d'approvisionnement.

## BIBLIOGRAPHIE

AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Avis d'Affaires mondiales Canada sur la conduite des affaires avec des entités liées au Xinjiang », 2023, en ligne : <https://www.international.gc.ca/global-affairs-affaires-mondiales/news-nouvelles/2021/2021-01-12-xinjiang-advisory-avis.aspx?lang=fra>.

BAKIRCI, K. et G. RITCHIE (2022), « Corporate Liability for Modern Slavery », 29-2 *Journal of Financial Crime* 576-588.

BANDALI, S., J. HORWITZ et E. GORDON, « CBSA Updates its Guidance on the Enforcement of the Import Prohibition on Goods Produced with Forced Labour », *Bennett Jones*, 2021, en ligne : <https://www.bennettjones.com/Blogs-Section/CBSA-Updates-its-Guidance-on-Enforcement-of-Import-Prohibition-Goods-Produced-with-Forced-Labour>.

BATEMAN, A. et L. BONANNI, « What Supply Chain Transparency Really Means », *Harvard Business Review*, 2019, en ligne : <https://hbr.org/2019/08/what-supply-chain-transparency-really-means>.

BELLAVANCE, J.-D., « Les entreprises canadiennes devront bientôt rendre des comptes », *La Presse*, 1er juin 2022, en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/2022-06-01/lutte-contre-le-travail-force/les-entreprises-canadiennes-devront-bientot-rendre-des-comptes.php>.

181 PL S-204, *Loi modifiant le tarif des douanes (marchandises en provenance du Xinjiang)*, 1re sess, 44 lég, 2021.

182 PL C-263, *Loi établissant le Bureau du commissaire à la conduite responsable des entreprises à l'étranger et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1re sess, 44 lég, 2021.

BIBEAU, Ottawa, 2018, en ligne : <https://www.ourcommons.ca/content/Committee/421/FAAE/GovResponse/RP10314755/421_FAAE_Rpt19_GR/421_FAAE_Rpt19_GR-f.pdf>.

BIRON, J. et G. GOFFAUX CALLEBAUT, « La juridicité des engagements socialement responsables des sociétés : regards croisés Québec-France », (2016) 57-3 *Les Cahiers de droit* 457-496.

BUHMANN, K., M. B. TAYLOR et E. GIULIANI, « Editorial – Business and Human Rights in Global Value Chains », (2019) 23-4 *Competition & Change* 337-345.

CASPERSZ, D., H. CULLEN, M. C. DAVIS, D. JOG, F. McGAUGHEY, D. SINGHAL, M. SUMNER et H. VOSS, « Modern Slavery in Global Value Chains : A Global Factory and Governance Perspective », (2022) 64-2 *Journal of Industrial Relations* 177-199.

CHASE, S. (1), « Only Shipment Canada has Seized on Suspicion of Forced Labour was Released after Challenge from Importer », *The Globe and Mail*, 2022, en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-only-shipment-canada-has-seized-on-suspicion-of-forced-labour-was/>.

CHASE, S. (2), « Liberal Government Throws Support Behind Bill Aimed at Tackling Forced Labour in Supply Chains », *The Globe and Mail*, 2022, en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-liberal-government-throws-support-behind-private-bill-aimed-at/>.

CHASE, S., « Canada Seizes Goods Made with Forced Labour from China; MPs Urge More Action for Uyghurs », *The Globe and Mail*, 2021, en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-canada-seizes-goods-made-with-forced-labour-from-china-mps-urge-more/>.

COLEMAN, L. et L. BARNETT, *La traite des personnes*, Études de la Colline 2011-59-F, Ottawa, 12 juillet 2021, en ligne : <https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/HillStudies/PDF/2011-59-F.pdf>.

COMITÉ PERMANENT DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL, *La situation des droits de la personne du peuple Ouïghour au Xinjiang, en Chine*, (S. SPENGEMANN et P. FONSECA), 2021, en ligne : <https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/432/FAAE/Reports/RP11164859/sdirrp04/sdirrp04-f.pdf>.

COMITÉ PERMANENT DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL, *Appel à l'action : Éliminer toutes les formes de travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement* (Micheal LEVITT), 2018, en ligne : <https://www.noscommunes.ca/Content/Committee/421/FAAE/Reports/RP10078750/faaerp19/faaerp19-f.pdf>.

CRANE, A., « Modern Slavery as a Management Practice : Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation », (2013) 38-1 *Academy of Management Review* 49-69.

DOWNEY, E., « Modern-Day Pirates : Why Domestic Parent Corporations Should Be Liable under the Alien Tort Statute for Violations of Workers' Rights within Global Supply Chains », (2019) 68-5 *American University Law Review* 1933-1979.

ECKERT, S., « The Business Transparency on Trafficking and Slavery Act : Fighting Forced Labor in Complex Global Supply Chains », (2013) 12-2 *Journal of International Business and Law* 383-416.

EMPLOI ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL CANADA (1), *L'exploitation de la main-d'œuvre dans les chaînes d'approvisionnement mondiales : Rapport - Ce que nous avons entendu*, Toronto, Vancouver, Ottawa, 2022, en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/esdc-edsc/documents/programs/international-affairs/reports/what-we-heard-forced-labour-global-supply-chain/Forced_Labour_WWHR(FR)-v2.pdf>

EMPLOI ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL CANADA (2), « Consultation sur l'exploitation de la main-d'œuvre dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », 2022, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/emploi-developpement-social/programmes/affaires-internationales/consultation-chaine-approvisionnement.html>.

FRANKLIN, A., « Corporate Liability under Customary International Law : Is the Tail Wagging the Dog », (2019) 25-2 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 301-328.

GOUVERNEMENT DU CANADA (1), « Le trafic sexuel », 2023, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/securite-publique-canada/campagnes/traite-des-personnes/traite-fins-sexuelles.html>.

GOUVERNEMENT DU CANADA (2), « Le travail forcé », 2023, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/securite-publique-canada/campagnes/traite-des-personnes/traite-fins-travail-force.html>.

GOUVERNEMENT DU CANADA, « Étude des risques associés à la chaîne d'approvisionnement lié au travail forcé au Xinjiang », 2022, en ligne : <https://www.international.gc.ca/transparency-transparence/study_forced_labour-etude_travail_force.aspx?lang=fra>.

GOUVERNEMENT DU CANADA (1), « Traite de personnes », 2021, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/tp/loi-legis.html>.

GOUVERNEMENT DU CANADA (2), « Réponse du gouvernement au quatrième rapport du sous-comité des droits internationaux de la personne du comité permanent des affaires étrangères et du développement international : la situation des droits de la personne du peuple ouïghour au Xinjiang, en Chine », Ottawa, 2021 en ligne : <https://

www.noscommunes.ca/content/Committee/432/FAAE/GovResponse/RP11458678/432_FAAE_Rpt04_GR/GR-Uyghurs%20(FAAE-SDIR)%20FR.pdf>.

GUTIERREZ, J. A., « Less than Transparent: How California's Effort to Shine Light on Modern Slavery May Ultimately Keep Consumers in the Dark », (2017) 19-1 *Loyola Journal of Public Interest Law* 57-82.

HANNOUN, C., « Le nouveau devoir de vigilance des sociétés mères », dans A. GHENIM, C. HANNOUN, P. HENRIOT, E. PESKINE, F. RILOV et S. VERNAC (dir.) *Groupes de sociétés et droit du travail : nouvelles articulations, nouveaux défis*, Paris, Dalloz, 2019, p. 101.

HESS, D., « Modern Slavery in Global Supply Chains: Towards a Legislative Solution », (2021) 54-2 *Cornell International Law Journal* 247-292.

JAGERS, N. et C. RIJKEN, « Prevention of Human Trafficking for Labor Exploitation : The Role of Corporations », (2014) 12-1 *Northwestern University Journal of International Human Rights* 47-73.

JEWETT, A., « Hershey's Class Action Alleging Company Uses Child Labour, Slavery in Supply Chain Certified », *Top Class Actions*, 2022, en ligne : <https://ca.topclassactions.com/lawsuit-settlements/lawsuit-news/hersheys-class-action-alleging-company-uses-child-labour-slavery-in-supply-chain-certified/>.

JOHNSON Jr, E. C., F. BERALDI, E. BROECKER, E. BROWN et S. MASLOW, « The Business Case for Lawyers to Advocate for Corporate Supply Chains Free of Labor Trafficking and Child Labor Chains Free of Labor Trafficking and Child Labor », (2019) 68-5 *American University Law Review* 1555-1619.

KADAR, D. et P.-L. PÉRIN, « Compliance et transparence en 2018. Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière », (2018) 157 *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 43-47.

KOSKIE M., « Hershey Chocolate Company Class Action », 2023, en ligne : <https://kmlaw.ca/cases/hershey-chocolate-company-class-action/>.

LAMPRON, L.-P., « L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada : une nécessité pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique ? », (2005) 35 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 449-519.

LANDAU, I. et S. MARSHALL, « Should Australia be Embracing the Modern Slavery Model of Regulation? », (2018) 46-2 *Federal Law Review* 313-339.

LANGENFELD, A., « La responsabilité des sociétés mères : les pas en avant des cours suprêmes anglaise et canadienne », (2021) 62-3 *Les Cahiers de droit* 859-897.

LANGENFELD, A. (à paraître), « L'Ombudsman canadien pour la responsabilité des entreprises : lecture critique d'une innovation canadienne », dans I. TCHOTOURIAN, L. BRÈS, A. LANGENFELD et L. GEELHAND DE MERXEM (dir.), *Zones frontières et entreprise socialement responsable. Perspective multiple : droit, administration et éthique*, Cowansville, Yvon Blais.

LeBARON, G., « The Role of Supply Chains in the Global Business of Forced Labour », (2021) 57-2 *Journal of Supply Chain Management* 29-42.

MARTIN-ORTEGA, O., « Human Rights Risks in Global Supply Chains: Applying the UK Modern Slavery Act to the Public Sector », (2017) 8-4 *Global Policy* 512-521.

McCALL-SMITH, K. et A. RÜHMKORF, « Reconciling Human Rights and Supply Chain Management through Corporate Social Responsibility », dans V. RUIZ ABOU-NIGM, K. McCALL-SMITH et D. FRENCH (dir.), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018. p. 147.

MILLINGTON, A., « Responsibility in the Supply Chain », dans A. CRANE, A. McWILLIAMS, J. MOON et D. S. SIEGEL (dir.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 363.

NOLAN, J., « Human Rights and Global Corporate Supply Chains: is Effective Supply Chain Accountability Possible? », dans S. DEVA et D. BILCHITZ (dir.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 238.

NOLAN, J. et N. FRISHLING, « Human Rights Due Diligence and The (Over) Reliance on Social Auditing in Supply Chains », dans S. DEVA et D. BIRCHALL (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Business,* Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 108.

O'BRIEN, C. M. et O. MARTIN-ORTEGA, « Human Rights and Public Procurement of Goods and Services », dans S. DEVA et D. BIRCHALL (dir.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 245.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, WALK FREE et IOM, *Global Estimates of Modern Slavery*, Genève, 2017, en ligne : <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf>.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, WALK FREE et IOM, *Global Estimates of Modern Slavery Forced Labour and Forced Marriage*, septembre 2022, en ligne : <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_854733.pdf>.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, rapport 4, 2016, en ligne : <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468095.pdf>.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, « Travail forcé », 2023, en ligne : <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/forced-labour/lang--fr/index.htm>.

PARELLA, K., « Improving Human Rights Compliance in Supply Chains », (2019) 95-2 *Notre Dame Law Review* 727-794.

PARLEMENT EUROPÉEN, *Nouvel instrument commercial visant à interdire les produits issus du travail forcé : Résolution du Parlement européen sur un nouvel instrument commercial visant à interdire les produits issus du travail forcé* (2022/2611(RSP)), P9_TA(2022)0245, en ligne : <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0245_FR.pdf>.

PATI, R., « Global Regulation of Corporate Conduct: Effective Pursuit of a Slave-Free Supply Chain », (2019) 68-5 *American University Law Review* 1821-1868.

PLOUFFE-MALETTE, K., « L'interprétation de la criminalisation de la traite des êtres humains en droit pénal canadien à l'aune du Protocole de Palerme : analyse de l'arrêt Urizar de la Cour d'appel du Québec », (2021) 44-1 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 1-24.

PLOUFFE-MALETTE, K., « L'interdiction d'importation des produits issus du travail forcé dans les accords commerciaux régionaux : analyse comparée de la mise en œuvre en droit canadien et américain », (2020) 65 *Interventions économiques* 1-18.

PLOUFFE-MALETTE, K. et H. BRISSON, « Forced Labour and Trade : A Canada – United States Comparative Analysis », (2019) 6-3 *European Review of International Studies* 84-100.

SALMINEN, J. et M. RAJAVUORI, « Transnational Sustainability Laws and the Regulation of Global Value Chains : Comparison and a Framework for Analysis », (2019) 26-5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 602-627.

SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA, *Évaluation horizontale 2016-2017 du Plan d'action national de lutte contre la traite de personnes (PANL-TP)*, 2017, en ligne : <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/vltn-nap-ht/index-fr.aspx>.

SERVICES PUBLICS ET APPROVISIONNEMENT CANADA, « À propos du Code de conduite pour l'approvisionnement », 2021, en ligne : <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/faq-fra.html>.

SIMIC, A. et B. K. BLITZ, « The Modern Slavery Regime : a Critical Evaluation », (2019) 7-1 *Journal of the British Academy* 1-34.

SNYDER, D. V., « The New Social Contracts in International Supply Chains », (2019) 68-5 *American University Law Review* 1869-1932.

STOLER, A. L., « Transnational Corporations and the Global Supply Chain », dans A. L. STOLER, J. REDDEN et L. A. JACKSON (dir.), *Trade and Poverty Reduction in the Asia-Pacific Region : Case Studies and Lessons from Low-income Communities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 69.

STRINGER, C. et S. MICHAILOVA, « Why Modern Slavery Thrives in Multinational Corporations' Global Value Chains », (2018) 26-3 *Multinational Business Review* 194-206.

WALK FREE, Global Slavery Index, « Canada », 2018, en ligne : <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/country-studies/canada/>.

WEN, S. et J. ZHAO, « The Bumpy Road of Home States' Regulation of Globalized Businesses - Legal and Institutional Disruptions to Supply Chain Disclosure under the Modern Slavery Act », (2020) 69-1 *Catholic University Law Review* 125-162.

WOOLF, M., « Travail forcé: une loi est une priorité pour le gouvernement fédéral », *Le Droit*, 20 avril 2022, en ligne : <https://www.ledroit.com/2022/04/20/travail-force-une-loi-est-une-priorite-pour-le-gouvernement-federal-8dfaae2adeae6c16149e24f1f663fe39>.

WORLD VISION, *Canada's Child & Forced Labour Problem : Risks of Labour Abuses in Supply Chains on the Rise as Canadians Demand Action*, 2017, en ligne : <https://www.worldvision.ca/no-child-for-sale/resources/canada%E2%80%99s-child-forced-labour-problem>.

ZOLOMIAN, M., « Débats contemporains autour de la gouvernance d'entreprise », conférence, 2022, Québec, Faculté de droit de l'Université Laval.

# PROJET DE LOI S-211 SUR LA LUTTE CONTRE LE TRAVAIL FORCÉ ET LE TRAVAIL DES ENFANTS DANS LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT : DE LA THÉORIE À LA RÉALITÉ[183]



Julie MIVILLE-DECHÊNE[184] et Jérôme LUSSIER[185]

183 En date d'avril 2023, le projet de loi S-211 intitulé *Loi édictant la Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement et modifiant le Tarif des douanes* est au stade de la troisième lecture à la Chambre des communes. La dernière étape a été le débat lors de la troisième lecture qui a eu lieu le 6 mars 2023 (Chambre des communes). Le projet de loi S-211 se trouve actuellement à l'étape finale du processus législatif. Pour suivre l'évolution du projet de loi S-211, voir : Legisinfo, S-211, *Loi édictant la Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaines d'approvisionnement et modifiant le Tarif des douanes*, en ligne : <https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/44-1/s-211?view=progress>.

184 Sénatrice indépendante du Québec (Canada).

185 Directeur des affaires parlementaires, Bureau de la Sénatrice Miville-Dechêne (Canada).

## RÉSUMÉ

Cet article décrit le contexte ayant conduit au dépôt du projet de loi S-211, de même que les étapes ayant mené à son passage par le Sénat, puis son examen à la Chambre des communes. Le projet de loi S-211 propose un cadre de divulgation obligatoire des risques, des processus d'examen et des mécanismes de remédiation du travail forcé ou du travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises canadiennes d'une certaine taille. Il s'inscrit globalement dans le cadre du mouvement ESG, qui vise à aligner l'activité économique sur le progrès social et environnemental. La loi propose une approche de transparence, sur le modèle des lois britannique et australienne, et constitue un premier pas dans la lutte au travail forcé et au travail des enfants.

## INTRODUCTION

**[272]** « Les lois sont comme les saucisses : mieux vaut ne pas savoir comment elles sont faites ». Si le célèbre adage vise le processus législatif en général – de la genèse des lois aux choix stratégiques, en passant par les *deals* de dernière minute – force est d'admettre qu'il s'applique particulièrement bien au projet de loi S-211, la *Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement*. Si le Parlement adopte enfin une loi sur l'esclavage moderne au cours des prochains mois – ce qui n'est pas garanti – ce sera en effet le résultat de plusieurs faux départs, de multiples révisions, de consultations parfois houleuses, d'échanges parfois opaques et de collaborations inespérées face à des projets concurrents et une couverture médiatique parfois critique. La suite demeure encore incertaine.

**[273]** Cet article propose de décrire – de l'intérieur – le contexte ayant mené au dépôt du projet de loi S-211, de même que les étapes ayant mené à son passage par le Sénat, puis son examen à la Chambre des communes. La démarche n'est ni neutre, ni exhaustive, ni scientifique. L'espoir est qu'elle pourra contribuer à éclairer les travaux de chercheurs et d'historiens qui s'intéresseront éventuellement à cette loi.

## 1. UNE RÉFLEXION GLOBALE SUR LE RÔLE SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL DES ENTREPRISES

**[274]** Le projet de loi S-211 est ciblé et d'ambition modeste : il propose un cadre de divulgation obligatoire des risques, des processus d'examen et des mécanismes de remédiation du travail forcé ou du travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises canadiennes d'une certaine taille. La loi fixe des exigences en matière de divulgation, elle prévoit des sanctions pouvant aller jusqu'à 250 000 $ et oblige le gouvernement à faire des rapports périodiques sur la situation.

**[275]** Il y a toutefois lieu de considérer le projet de loi S-211 dans le cadre plus large du mouvement ESG (pour enjeux Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance ) qui a pris une grande importance au cours des dernières années. Le mouvement ESG cherche, par divers moyens, à réconcilier l'activité économique et le progrès social et environnemental. Il constitue en quelque sorte une réplique, voire une répudiation, de la pensée de Milton Friedman, très influente depuis les années 1970, pour qui « la seule responsabilité sociale des entreprises est de maximiser leurs profits » (Friedman, 1970).

**[276]** Le mouvement ESG s'intéresse à plusieurs enjeux – des changements climatiques aux droits humains, en passant par l'inclusion et les inégalités – et englobe plusieurs approches qui visent à intégrer les considérations sociales et environnementales dans les politiques économiques et les décisions des entreprises.

**[277]** Longtemps portées par des organisations religieuses ou de la société civile (voir notamment les *Sullivan Principles*, publiés en 1977 et l'organisation CERES fondée en 1989, <https://ceres.org/about-us>), ces revendications ont intégré le discours public *mainstream* au cours des 20 dernières années. À l'échelle internationale, on peut ainsi penser au *Global Reporting Initiative*, aux *Principles for Responsible Investment (PRI)*

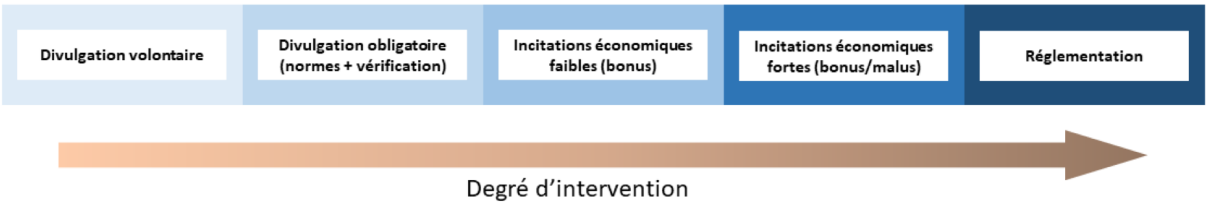
et au *B Lab,* tous lancés au début des années 2000, de même qu'à de nombreuses autres initiatives et organisations fondées depuis et visant des objectifs similaires. Sur le plan climatique, on pense aux travaux importants de la *Taskforce on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD)*, à la *Science-Based Targets initiative (SBTi)* et aux nombreux groupes et associations s'étant engagés à atteindre la carboneutralité d'ici 2050.

**[278]** Le mouvement ESG a par ailleurs influencé et alimenté des rapports importants publiés au cours des dernières années, tels le rapport Senard-Notat (ministère de l'Économie et des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique de la France, 2018) présenté au gouvernement français en 2018, le programme de recherche *Future of the Corporation de la British Academy* (The British Academy, 2017) de 2017 à 2021, et le rapport Dasgupta (University of Cambridge, 2021) présenté au gouvernement britannique en 2021.

**[279]** Pour plusieurs, la lettre annuelle de 2018 de *BlackRock* aux dirigeants d'entreprise a marqué un certain changement de paradigme, alors que le PDG du plus grand gestionnaire d'actifs privé au monde écrivait que : « la société exige que les compagnies, publiques ou privées, jouent un rôle social. Pour prospérer durablement, les entreprises ne doivent pas simplement livrer des performances financières, mais aussi contribuer de manière positive à la société » (Sorkin, 2018). Aux États-Unis, le *Business Roundtable* a pour sa part causé une petite révolution en 2019 en déclarant, pour la première fois, que les entreprises devaient être « au service de toutes les parties prenantes » (Business Roundtable, 2019). Au Canada, l'ex-juge en chef de la Cour suprême, Beverley McLachlin, a également pris position en faveur d'une évolution significative du rôle social et environnemental des entreprises (McLachlin, 2018).

**[280]** Au même moment, des gouvernements sont intervenus, de diverses façons, pour mieux aligner l'activité économique sur le progrès social et environnemental. Les approches englobent un éventail de mesures, des plus favorables au libre marché aux plus interventionnistes, qu'on peut schématiser ainsi (sans prétention scientifique) :

**Figure 1**




**[281]** En matière d'ESG, jusqu'à présent, les gouvernements ont surtout adopté des approches moins interventionnistes, souvent fondées sur la divulgation. En 2015, la France a ainsi adopté l'article 173 de la loi Transition Écologique et Énergétique, qui imposait des obligations de divulgation des risques climatiques aux investisseurs institutionnels. La même année, les États-Unis adoptaient une règle forçant les entreprises à divulguer le ratio de rémunération entre le plus haut salarié de la compagnie et la rémunération médiane des employés (U.S. Securities and Exchange

Commission, 2015). Suivant le rapport de la TCFD, le Royaume-Uni a adopté plusieurs règles en matière de divulgation climatique, notamment pour les fonds de pension (United Kingdom Government, 2015). En 2018, le Canada a amendé la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* pour obliger les entreprises visées à divulguer des informations sur la diversité au sein de la haute direction (Parliament of Canada, 2018). En 2019, le Canada a également amendé la loi pour exiger plus de consultations et de divulgations relativement à la rémunération des dirigeants d'entreprises et au bien-être des employés et des retraités (Gouvernement du Canada, 2019).

**[282]** Malgré les récriminations de certains (Jones, 2022), la réglementation inspirée du mouvement ESG est en accélération. L'Union européenne est actuellement en voie d'adopter plusieurs directives et règlements qui ratissent large – des aspects écologiques aux droits humains (Euronext, 2022). Les États-Unis, bien que moins avancés, se sont récemment engagés dans cette voie avec de nouvelles propositions de divulgations ESG initiées par la *Securities and Exchange Commission* (U.S. Securities and Exchange Commission, 2022 ; Norton Rose Fulbright, 2022).

## 2. L'ENJEU DE L'ESCLAVAGE MODERNE

**[283]** La question du travail forcé, de l'esclavage moderne et de la traite des personnes figure depuis longtemps parmi les enjeux ESG. L'Organisation internationale du travail, notamment, documente et travaille depuis des décennies pour éliminer le phénomène. Le *Global Fund to End Modern Slavery (GFEMS)*, fondé en 2012, se consacre exclusivement à l'enjeu de l'esclavage moderne. L'organisme *World Vision* a pour sa part publié plusieurs rapports sur la question du travail des enfants, incluant sa prévalence dans les chaînes d'approvisionnement canadiennes (World Vision, 2022). Certains universitaires, notamment la professeure canadienne Geneviève LeBaron, ont aussi publié des études et des ouvrages sur la question (<https://sppga.ubc.ca/profile/genevieve-lebaron/>).

**[284]** Des ONG, comme *KnowTheChain* et *Fairtrade International*, travaillent depuis plusieurs années sur les enjeux du travail forcé et du travail des enfants (en plus d'autres questions ESG), principalement via des certifications, des évaluations et des codes de conduite. Mais même *Fairtrade International*, à l'instar de chercheur.e.s comme la professeure LeBaron, reconnaît que les certifications volontaires ne sont pas suffisantes et que la législation est nécessaire.

**[285]** En 2010, la Californie a été une des premières juridictions à adopter une loi portant spécifiquement sur le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement : le *Transparency in Supply Chains Act*. Cette loi a toutefois fait l'objet de nombreuses critiques, visant notamment le petit nombre d'entreprises qui se sont conformées à la loi, le peu de suivi et l'absence de sanctions.

**[286]** En 2015, le Royaume-Uni a adopté le *Modern Slavery Act*. Il s'agit d'une loi importante qui couvre plusieurs situations, incluant le trafic de personnes. La partie 6 de la loi (l'article 54) vise l'esclavage moderne dans les chaînes d'approvisionnement et propose un régime de transparence (United Kingdom Government, 2015).

**[287]** En mars 2017, la France a adopté une loi sur le devoir de vigilance des entreprises (Assemblée nationale, 2017). Cette loi propose une approche de diligence raisonnable, plus contraignante qu'une approche de transparence, qui oblige les entreprises à identifier et prévenir des risques d'atteintes aux droits de la personne et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société ou de ses sous-traitants. Elle accorde également aux victimes un recours civil contre l'entreprise responsable des violations. Toutefois, la loi française ne s'applique qu'aux très grandes entreprises (un seuil de 5 000 employés pour les entreprises françaises et de 10 000 salariés pour les entreprises étrangères avec des opérations en France).

**[288]** Il est à noter que, malgré leurs approches différentes, tant la loi française que la loi britannique ont été critiquées par certains pour le faible niveau de suivi, de mise en œuvre et de sanctions dont elles ont fait l'objet. À propos de la situation en France, l'ONG CCFD-Terre Solidaire dénonçait en 2021 « une apathie générale sur ce dossier. Nous avons même du mal à obtenir les informations de base comme le nombre et les noms des entreprises réellement concernées » (Centre de Ressources sur les entreprises et les droits de l'homme, 2021). En 2019, un rapport indépendant sur la loi britannique affirmait que 40 % des entreprises visées ne faisaient aucune divulgation, et recommandait notamment que la loi couvre également les ministères et sociétés d'État (United Kingdom Government, 2015).

**[289]** En décembre 2018, l'Australie a adopté une loi sur l'esclavage moderne, inspirée du modèle britannique (une loi de transparence), mais exigeant spécifiquement que les entreprises décrivent leurs processus de vérification diligente et leurs mesures de remédiation (Australian Government, 2018). En octobre 2019, les Pays-Bas ont adopté pour leur part une loi de diligence raisonnable visant le travail des enfants. En 2021, l'Allemagne adopte à son tour une loi de diligence raisonnable visant les chaînes d'approvisionnement.

**[290]** Au cours de la dernière décennie, on a ainsi vu l'émergence de deux modèles de législation distincts : des lois de transparence en Californie, au Royaume-Uni et en Australie, et une approche de diligence raisonnable en Europe continentale.

## 3. ORIGINES DU PROJET DE LOI S-211

**[291]** En octobre 2018, le Comité permanent des affaires étrangères et du développement international de la Chambres des communes a remis un rapport intitulé « Appel à l'action : éliminer toutes les formes de travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement » (Parlement du Canada, 2018). Entre autres actions, ce rapport recommandait « que le gouvernement du Canada élabore des initiatives législatives et politiques qui incitent les entreprises à éliminer le recours à toute forme de travail des enfants dans leurs chaînes d'approvisionnement mondiales et qui permettent aux consommateurs et aux investisseurs de consacrer des efforts utiles à cet enjeu important. »

**[292]** Dans la foulée du dépôt du rapport du Comité des affaires étrangères et du développement international, le député libéral, John McKay, a déposé le projet de loi C-423 en décembre 2018 (Parlement du Canada, 2018). Bien que visant les pratiques d'esclavage moderne dans les chaînes d'approvisionnement d'entreprises canadiennes, ce projet de loi était en fait largement inspiré de la *Loi canadienne sur les mesures de transparence dans le secteur extractif* (Gouvernement du Canada, 2015). Ce projet de loi est toutefois mort au feuilleton avec la dissolution du Parlement, à la veille de l'élection fédérale de 2019.

**[293]** Quelques mois plus tard, en février 2019, le gouvernement du Canada a répondu favorablement au rapport du Comité des affaires étrangères, affirmant qu'il « lancera en 2019 des consultations au sujet d'une éventuelle législation sur les chaînes d'approvisionnement ». Ces consultations se sont déroulées entre mai et juillet 2019 et le gouvernement a par la suite publié un rapport (Canada, Emploi et développement social, 2019).

**[294]** En février 2020, après des consultations avec le député McKay, la sénatrice Miville-Dechêne a déposé le projet de loi S-211 au Sénat[186]. Le projet de loi S-211 de 2020 (à ne pas confondre avec l'actuel projet de loi S-211, déposé en novembre 2021) était largement semblable au projet de loi C-423 et visait à redémarrer, au Sénat cette fois, le processus législatif qui avait été court-circuité par l'élection. La nouvelle mouture de la loi référait aux huit conventions de l'Organisation internationale du travail signées par le Canada, et précisait certaines définitions. Malheureusement, ce projet de loi est de nouveau mort au feuilleton en août 2020, quand le gouvernement Trudeau a choisi de proroger le Parlement.

**[295]** Le 1er juillet 2020, dans le cadre de l'entrée en vigueur de l'accord de libre-échange Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM), les biens issus du travail forcé sont officiellement interdits d'entrée au Canada. Le Tarif des douanes ne mentionne toutefois pas le travail des enfants et, dans tous les cas, ce changement à la loi n'oblige pas les entreprises à divulguer quoi que ce soit en lien avec l'esclavage moderne. Par ailleurs, la loi ne fait pas l'objet d'une application rigoureuse des autorités canadiennes (Chase, 2022).

**[296]** En octobre 2020, la sénatrice Miville-Dechêne redépose le projet de loi sur l'esclavage moderne, qui prend désormais le numéro S-216. En prévision d'une éventuelle étude en comité, un important travail de consultation externe se poursuit avec les parties prenantes (ONG, entreprises, associations) et notamment avec la *International Justice and Human Rights Clinic* de la Faculté de droit de l'Université de Colombie-Britannique, sous la direction de la professeure Nicole Barrett. Madame Barrett et son équipe fournissent ainsi des avis juridiques sur la constitutionnalité du projet de loi et d'autres questions, et développent quelques pistes d'amélioration. Le projet de loi S-216 mourra toutefois au feuilleton lors du déclenchement des élections fédérales de 2021.

186 Pour des raisons de procédure parlementaire, l'introduction du projet de loi au Sénat augmente les chances qu'il soit étudié et adopté rapidement. En effet, à la Chambre des communes, l'ordre de priorité des projets de loi d'intérêt public émanant de députés est déterminé par tirage au sort, ce qui fait en sorte qu'un député ayant un « mauvais numéro » (c'est-à-dire un numéro qui le place loin dans l'ordre de priorité) risque de ne pas avoir l'occasion de présenter son projet de loi au cours de la législature. Au Sénat, l'ordre de priorité des projets de loi d'intérêt public est déterminé par la date de leur présentation.

**[297]** Les développements de l'actualité favorisent toutefois la poursuite du projet législatif. Dans le contexte de la pandémie de COVID-19, des scandales éclatent quand les médias rapportent que le gouvernement du Canada a pu commander de l'équipement médical produit par du travail forcé (McGregor, 2022; Toronto Sun, 2020). Au cours de la même période, des reportages de la CBC mettent en lumière le travail forcé et les conditions d'esclavage de certains travailleurs étrangers qui produisent des vêtements et des produits alimentaires consommés par les Canadiens (Pedersen et Singh, 2021). D'autres rapports font état d'une augmentation significative de l'esclavage moderne engendré par la pandémie (Modern Slavery and Human Rights, 2021). Finalement, la pression politique s'accentue pour que les gouvernements occidentaux, dont le Canada, bloquent les marchandises chinoises produites dans les camps de travail où sont détenus les Ouighours.

**[298]** Pour toutes ces raisons, la campagne électorale de 2021 change la donne alors que, pour la première fois, tant le Parti libéral que le Parti conservateur promettent d'adopter une loi sur le travail forcé et le travail des enfants s'ils sont élus.

**[299]** En novembre 2021, la sénatrice Miville-Dechêne redépose son projet de loi sur l'esclavage moderne avec un certain nombre de changements. Le nouveau projet de loi préserve l'approche de transparence inspirée des législations britannique et australienne, mais il apporte des modifications significatives, incluant :

- l'application de la loi aux institutions publiques fédérales, non seulement aux entreprises privées (ce changement s'inspire notamment de la loi australienne);

- une révision à la définition du travail des enfants, qui limite l'application des lois canadiennes au Canada, mais qui élargit le concept en s'inspirant de la définition du travail des enfants de l'OIT;

- la possibilité pour une entreprise de fournir son propre rapport ou d'être partie à un rapport conjoint relatif à plusieurs entités (ce changement était proposé par les représentants de l'industrie et s'inspire de la législation australienne) ;

- des modifications aux informations devant être fournies par les entités, qui ont pour effet de renforcer et d'harmoniser la législation canadienne avec les lois britannique et australienne. Ces modifications incluent des références aux chaînes d'approvisionnement, aux processus de diligence raisonnable et à une évaluation de l'efficacité des mesures prises pour limiter le risque de travail forcé et de travail des enfants;

- l'approbation du rapport par le corps dirigeant d'une entreprise (conseil d'administration dans le cas d'une compagnie) et;

- pour les compagnies constituées en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, l'obligation d'envoyer le rapport sur l'esclavage moderne aux actionnaires de la société[187].

**[300]** Après quatre tentatives infructueuses, c'est finalement ce projet de loi S-211 qui franchira toutes les étapes au Sénat et qui se trouve aujourd'hui en voie d'être adopté par la Chambre des communes.

## 4. CONSULTATIONS ET CRITIQUES

**[301]** L'étude du projet de loi S-211 par le Comité sénatorial des droits de la personne a été l'occasion d'entendre plusieurs perspectives, commentaires et suggestions d'amendements sur la législation proposée.

**[302]** Tout en se disant globalement d'accord avec l'esprit du projet de loi, les commentaires du milieu des affaires et de l'industrie ont surtout cherché à atténuer la portée du projet de loi[188]. Parmi les changements souhaités par ces groupes, notons en particulier :

- une hausse du seuil d'application de la loi aux entreprises ayant plus de 80 ou 100M $ de revenus annuels ;

- une définition du travail des enfants qui se limite à la Convention sur les pires formes de travail des enfants ;

- la possibilité de garder confidentielles certaines informations sur les processus et les chaînes d'approvisionnement considérées comme des « renseignements commerciaux de nature sensible » ;

- le retrait de l'obligation de fournir le rapport sur le travail forcé et le travail des enfants aux actionnaires ;

- l'élimination des dispositions d'enquête et des dispositions pénales de la loi.

**[303]** À l'inverse, certains témoins et groupes entendus ont affirmé que le projet de loi S-211 n'allait pas assez loin[189]. Pour la plupart, ces intervenants soulignent les limites de l'approche de transparence des lois britannique et australienne (et celle du projet de

187 Ce changement est conforme à la tendance contemporaine en matière de divulgations intégrées (« integrated reporting ») qui place les rapports financiers et non financiers sur un pied d'égalité. Il se fonde notamment sur l'article 172(1)-(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, qui oblige les entreprises à inclure des informations sur la diversité dans leur rapport annuel. Noter également que l'examen indépendant de 2019 de la législation britannique sur l'esclavage moderne a spécifiquement recommandé que le Royaume-Uni « inclut une obligation pour les entreprises de se référer à leur déclaration sur l'esclavage moderne dans leurs rapports annuels » (<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803406/Independent_review_of_the_Modern_Slavery_Act_-_final_report.pdf>).

188 Voir notamment les soumissions de la Chambre de commerce du Canada (https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/RIDR/briefs/Brief_CanadianChamberofCommerce_f.pdf) et du Conseil canadien du commerce de détail (https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/RIDR/briefs/Brief_RetailCouncilofCanada_f.pdf).

189 Voir notamment les interventions de Emily Dwyer, du *Réseau canadien sur la reddition de compte des entreprises*, de Kevin Thomas, chef de la direction *Shareholder Association for Research & Education* et de Surya Deva. Voir également un article publié en août 2022 : https://thetyee.ca/Analysis/2022/08/23/Canada-Needs-Get-Serious-Modern-Slavery/.

loi S-211) et plaident pour l'approche européenne de diligence raisonnable en matière de droits humains. À ce titre, ils souhaiteraient notamment :

- obliger les entreprises à faire preuve de diligence raisonnable pour éliminer de leurs chaines d'approvisionnement toute violation des droits humains ;
- élargir l'application de la loi à toutes les entreprises, de tous les secteurs et de toutes les tailles ;
- accorder un recours aux victimes contre les entreprises responsables.

**[304]** Plusieurs ont souligné qu'il s'agit d'un premier pas dans la bonne direction, même si des améliorations pourront être envisagées à l'avenir[190]. Parmi les autres commentaires formulés par ces intervenants, notons en particulier :

- le fait que les lois de diligence raisonnable, parce qu'elles sont plus exigeantes, s'appliquent habituellement à un nombre limité de très grandes entreprises ;
- la complexité et la difficulté actuelle pour les entreprises de faire la lumière et d'assumer la responsabilité de la totalité de leurs chaines d'approvisionnement, particulièrement au-delà de leurs fournisseurs directs, et le caractère disproportionné qu'aurait une telle exigence au premier jour ;
- le risque qu'un projet de loi trop sévère suscite une opposition farouche de l'industrie, et qu'en conséquence le projet de loi ne soit pas adopté, laissant le Canada sans législation visant l'esclavage moderne[191].

**[305]** Finalement, certains intervenants sont venus appuyer le projet de loi S-211 essentiellement dans sa forme actuelle, en insistant sur le caractère équilibré et pragmatique de la législation proposée[192].

**[306]** À certains égards, on peut résumer la position des défenseurs du projet de loi S-211 par la maxime « le mieux est l'ennemi du bien » : s'il est évidemment possible d'imaginer un projet de loi qui réponde à toutes les préoccupations des défenseurs du modèle de diligence raisonnable, les embuches politiques qui se dresseraient devant un tel projet de loi risqueraient de le torpiller et de retourner le Canada à la case départ.

**[307]** Par ailleurs, un des commentaires les plus pertinents formulés au cours de l'étude en comité est venu de la sénatrice Amina Gerba. Invoquant son enfance au Cameroun,

190 Voir notamment le mémoire et les interventions de Nicole Barrett (*International Justice and Human Rights Clinic*, Peter A. Allard School of Law, Université de la Colombie-Britannique) pour des commentaires constructifs sur les possibilités d'amélioration du projet de loi S-211, en ligne : <https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/RIDR/briefs/Brief_AllardIJHRClinic_f.pdf>.

191 Le témoin Stephen Pike a notamment référé au cas de la Suisse, où un projet de loi de diligence raisonnable a été défait par référendum, laissant le pays sans législation sur l'esclavage moderne, en ligne : <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/swiss-due-diligence-initiative-set-for-public-referendum-as-parliament-only-opts-for-reporting-centred-proposal/>.

192 Voir notamment les interventions de Stephen Pike et de Peter Talibart, de même que les témoignages de Chris Crewther (GFEMS), de Michael Messenger et Matthew Musgrave (*World Vision*) et de Jenny Coleman (*Equifruit*).

la sénatrice Gerba a rappelé le contexte social et familial qui favorise le travail des enfants et a suggéré que le projet de loi S-211 s'intéresse aussi aux mesures de remédiation pour les familles qui dépendent économiquement de ce travail :

> La majorité des enfants visés par le travail forcé dans les entreprises environnantes travaillent d'abord pour aider leur famille et pour leur survie.
>
> J'ai moi-même travaillé pour aider ma famille alors que j'étais très jeune. Lutter efficacement contre le travail des enfants nécessite qu'on trouve les moyens pour soutenir les victimes et leur famille. Sinon, le phénomène continuera sous d'autres formes ou dans d'autres entreprises qui ne sont pas assujetties à la loi sur le travail forcé et le travail des enfants[193].

**[308]** À la suite de ces représentations, la sénatrice Gerba a présenté un amendement aux articles 6 et 11 du projet de loi S-211, pour requérir des institutions fédérales et des entités visées par la loi qu'elles divulguent : « l'ensemble des mesures qu'elle a prises pour remédier aux pertes de revenus des familles les plus vulnérables engendrées par toute mesure visant à éliminer le recours au travail forcé ou au travail des enfants dans le cadre de ses activités et dans ses chaînes d'approvisionnement ».

**[309]** Le Comité des droits de la personne a adopté l'amendement proposé, qui se retrouve dans la version du projet de loi présentement à l'étude à la Chambre des communes.

**[310]** Dans son rapport, le Comité a également formulé des observations qui résument certains témoignages entendus, visant entre autres le contexte socioéconomique plus large de l'esclavage moderne et la nécessité d'offrir un soutien effectif aux victimes :

> Le comité note que ce projet de loi ne réglera pas à lui seul le problème du travail forcé et du travail des enfants dans le monde, un enjeu complexe et indissociable des conditions socioéconomiques locales. Le comité encourage donc le gouvernement à adopter ce projet de loi comme point de départ et à renforcer et compléter ces mesures par un engagement global et de long terme dans la lutte contre l'exploitation des personnes, la pauvreté et les inégalités. Le comité note également que, pour protéger adéquatement les victimes du travail forcé ou du travail des enfants, celles-ci doivent avoir le soutien et les moyens nécessaires pour faire valoir leurs droits. Pour cette raison, le comité encourage le gouvernement à développer des moyens réalistes d'accompagner et de soutenir financièrement les victimes de l'esclavage moderne en quête de justice et de réparation[194].



193 Voir rencontre du Comité sénatorial permanent des droits de la personne du 4 avril 2022.

194 Voir le rapport du Comité sénatorial des droits de la personne sur le projet de loi S-211, en ligne : <https://sencanada.ca/fr/comites/RIDR/rapport/100668/44-1>.

## 5. ENFIN UNE LOI ADOPTÉE EN 2023 ?

**[311]** Le 28 avril 2022, le Sénat a adopté le projet de loi S-211 en troisième lecture. Quelques jours plus tard, le projet de loi était présenté à la Chambre des communes par le député John McKay.

**[312]** Le 1er juin 2022, la Chambre des communes a procédé au vote de deuxième lecture et a référé le projet de loi pour examen au Comité permanent des affaires étrangères et du développement international. Cette étude a eu lieu à l'automne 2022.

**[313]** Au moment de publier cet article, il y a lieu de croire que le Canada adoptera finalement une loi sur l'esclavage moderne au cours des prochains mois (O'Hara, Pellerin et Kariam, 2020). À l'étape de la deuxième lecture à la Chambre des communes, le vote a été de 327 à 0 en faveur de S-211, un rare vote unanime (Miville-Dechêne, 2022). Le gouvernement a par ailleurs signalé son appui au projet de loi.

## CONCLUSION

**[314]** Le projet de loi S-211 représente l'accumulation d'années de travail et de plusieurs tentatives avortées afin de doter le Canada d'une loi sur l'esclavage moderne. Il s'inscrit globalement dans le cadre du mouvement ESG, qui vise à aligner l'activité économique sur le progrès social et environnemental.

**[315]** La loi propose une approche de transparence sur le modèle des lois britannique et australienne, et constitue un premier pas dans la lutte au travail forcé et au travail des enfants. Bien qu'il soit clair que la loi n'éliminera pas à elle seule le problème de l'esclavage moderne – un enjeu complexe, intimement lié à la pauvreté, à la précarité et aux inégalités –, elle contribuera assurément à attirer l'attention du public et des entreprises sur ce fléau.

**[316]** La législation est le fruit d'une collaboration étroite, durant plusieurs années, entre le député libéral John McKay, la sénatrice indépendante Julie Miville-Dechêne et leurs équipes respectives, soutenus par le Groupe parlementaire multipartite de lutte contre l'esclavage moderne et la traite des personnes. La dépolitisation de l'enjeu, la recherche rigoureuse, les consultations d'experts et une approche pragmatique et équilibrée expliquent en bonne partie le succès du projet de loi jusqu'à présent. Ces façons de faire pourront inspirer d'autres parlementaires qui voudront s'attaquer à d'autres enjeux similaires à l'avenir.

## BIBLIOGRAPHIE

ASSEMBLÉE NATIONALE, « Texte adopté n° 924 - Proposition de loi, adoptée définitivement, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4, de la Constitution, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », 21 février 2017, en ligne : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0924.asp>.

ATAULLAHJAN, S. et COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES DROITS DE LA PERSONNE, *Projet de loi S-211, Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des*

*enfants dans les chaînes d'approvisionnement*, en ligne : <https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/RIDR/briefs/Brief_CanadianChamberofCommerce_f.pdf>.

ATAULLAHJAN, S. et J. MIVILLE-DECHÊNE, *Projet de loi S-211, Loi édictant la Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement et modifiant le Tarif des douanes*, 2022, en ligne : <https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/RIDR/briefs/Brief_RetailCouncilofCanada_f.pdf>.

AUTRALIAN GOVERNMENT, « Modern Slavery Act 2018 », en ligne : <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153/Html/Text>.

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, « Switzerland : Responsible Business Initiative Rejected at Ballot Box Despite Gaining 50.7% of Popular Vote », *Business & Human Rights Resource Centre*, 28 novembre 2020, en ligne : <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/swiss-due-diligence-initiative-set-for-public-referendum-as-parliament-only-opts-for-reporting-centred-proposal/> (consulté le 12 avril 2023).

BUSINESS ROUNDTABLE, *Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans'*, 2019, en ligne : <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>.

CANADA - EMPLOI ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL, *L'exploitation de la main-d'œuvre dans les chaînes d'approvisionnement mondiales : Rapport - Ce que nous avons entendu*, Toronto, Vancouver, Ottawa, 2019, en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/esdc-edsc/documents/programs/international-affairs/reports/what-we-heard-forced-labour-global-supply-chain/Forced_Labour_WWHR(FR)-v2.pdf>.

CCFD TERRE SOLIDAIRE et SHERPA, *Le radar du devoir de vigilance*, juillet 2021, en ligne : <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2021/07/A4-VF-FICHES-FR-020721-V3.pdf>.

CENTRE DE RESSOURCES SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME, « Devoir de vigilance des multinationales : une enquête montre l'opacité et la faible application de la loi », *Business & Human Rights Resource Centre*, 7 juillet 2021, en ligne : <https://www.business-humanrights.org/fr/derni%C3%A8res-actualit%C3%A9s/devoir-de-vigilance-des-multinationales-une-enqu%C3%AAte-montre-lopacit%C3%A9-et-la-faible-application-de-la-loi/>.

CHASE, S., « Canada Lags U.S. in Intercepting Imports Made with Forced Labour », *The Globe and Mail*, 2 mai 2022, en ligne : https://www.theglobeandmail.com/politics/article-canadas-forced-labour-import-interception-lags/.

DUBAY, A., « Child Labour : Facts and How to Help », *World Vision*, 26 juillet 2022, en ligne : <http://www.worldvision.ca/stories/child-protection/child-labour-facts-and-how-to-help>.

EURONEXT, « ESG Regulatory Initiatives in the EU: the Latest Guide », 8 avril 2022, en ligne : <https://www.euronext.com/en/news/esg-laws-regulation>.

FAIRTRADE INTERNATIONAL, « Human Rights Environmental Due Diligence », *Fairtrade International*, en ligne : <https://www.fairtrade.net/issue/hredd>.

FRIEDMAN, M., « A Friedman Doctrine - The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *The New York Times*, sect. Archives, 13 septembre 1970), en ligne : <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>.

FUDGE, J., « Canada Needs to Get Serious about Modern Slavery », *The Tyee*, 23 août 2022, en ligne : <https://thetyee.ca/Analysis/2022/08/23/Canada-Needs-Get-Serious-Modern-Slavery/>.

GLOBAL FUND TO END MODERN SLAVERY (GFEMS), « About Us - Global Fund to End Modern Slavery », 20 janvier 2021, en ligne : <https://gfems.org/about-us/, https://gfems.org/about-us/>.

GOVERNMENT OF CANADA, « Consultation on Regulatory Proposals », en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/siTe/cd-dgc.nsf/eng/cs08918.html>.

GROUPE PARLEMENTAIRE MULTIPARTITE DE LUTTE CONTRE L'ESCLAVAGE MODERNE ET LA TRAITE DES PERSONNES, « All Party Parliamentary Group to End Modern Slavery », en ligne : <https://endmodernslavery.ca/>.

HARNISCH, K. et al., « US SEC Proposes New ESG Disclosure Rules for Funds and Advisers », *Norton Rose Fulbright*, juin 2022, en ligne : <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/915ef285/us-sec-proposes-new-esg-disclosure-rules-for-funds-and-advisers>.

INTERNATIONAL JUSTICE & HUMAN RIGHTS CLINIC PETER A. ALLARD SCHOOL OF LAW et THE UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA, *Recommandations au sujet du projet de loi S-211, Loi édictant la Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement et modifiant le Tarif des douanes*, 2022, en ligne : <https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/RIDR/briefs/Brief_AllardIJHRClinic_f.pdf>.

JONES, J., « ESG is Facing a Political and Market Backlash. Will it Survive? », *The Globe and Mail*, 9 juillet 2022, en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/business/article-future-of-esg-investing/> .

LEWSEY, F., « Dasgupta Review : Nature's Value Must Be Included in Economics to Preserve Biodiversity », 2 février 2021, *University of Cambridge*, en ligne : <https://www.cam.ac.uk/stories/dasguptareview>.

MCGREGOR, J., « Canada Terminates $222M PPE Contract Following Forced Labour Probe », *CBC*, 19 janvier 2022, en ligne : <https://www.cbc.ca/news/politics/malaysia-nitrile-gloves-supermax-contract-terminated-1.6319190>.

MCLACHLIN, B., « Enhanced Governance in Uncertain Times », (2018) *Director Journal,* juillet-août.

MESSINGER, L., « California Law Aimed at Slowing Human Trafficking and forced Labor should do more, Report Says », *The Guardian*, sect. Guardian Sustainable Business, 22 janvier 2016, en ligne : <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/jan/22/california-anti-slavery-law-development-international-sun-maid-asia-human-trafficking>.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES ET DE LA SOUVERAINÉTÉ INDUSTRIELLE ET NUMÉRIQUE, « Mission "Entreprise et intérêt général" : remise du rapport de Jean-Dominique Senard et Nicole Notat », 9 mars 2018, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat>.

MIVILLE-DECHÊNE, J., « Julie Miville-Dechêne sur Twitter », *Twitter*, 1er juin 2022, en ligne : <https://twitter.com/mivillej/status/1532100003803561984>.

MODERN SLAVERY AND HUMAN RIGHTS, « Evidence: Covid Pandemic Increased Vulnerability to Forced Labour », *Modern Slavery PEC*, 17 novembre 2021, en ligne : <https://modernslaverypec.org/latest/covid-pandemic-increased-vulnerability>.

NOVETHIC, « TYPO3 Exception », en ligne : <https://www.novethic.fr/finance-durable/publications/etude/decryptage-de-%C3%A7l-article-173-de-la-loi-transition-energetique-et-ecologique.html>.

O'HARA, J., P. WILLIAM et P. KARIAM, « Le Canada pourrait resserrer sa réglementation du travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement », *McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, 13 juin 2022, en ligne : <https://mcmillan.ca/fr/perspectives/le-canada-pourrait-resserrer-sa-reglementation-du-travail-force-dans-les-chaines-dapprovisionnement/>.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), « Qu'est-ce le travail forcé, l'esclavage moderne et la traite des êtres humains (travail forcé, esclavage moderne et traite des êtres humains) », en ligne : <https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang--fr/index.htm>.

PARLEMENT DU CANADA - CHAMBRE DES COMMUNES, « Projet de loi public (Sénat) S-211 - troisième lecture - *Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaines d'approvisionnement* », 44e législature, 1re session, 28 avril 2022, en ligne : <https://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/44-1/projet-loi/S-211/troisieme-lecture>.

PARLEMENT DU CANADA - CHAMBRE DES COMMUNES, *Appel à l'action : éliminer toutes les formes de travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement : Rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du développement international*, 42e législature, 1re session, octobre 2018, en ligne : <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/FAAE/rapport-19/page-5>.

PARLEMENT DU CANADA - CHAMBRE DES COMMUNES, « C-423 : *Loi concernant la lutte contre certaines formes modernes d'esclavage par l'imposition de certaines mesures et modifiant le Tarif des douanes* », 42e législature, 1re session, 3 décembre 2015 au 11 septembre 2019, en ligne : <https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/42-1/c-423>.

PARLEMENT DU CANADA - CHAMBRE DES COMMUNES, « Réponse du Gouvernement au dix-neuvième rapport au comité permanent des affaires étrangères », en ligne : <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/FAAE/rapport-19/reponse-8512-421-456>.

PARLIAMENT OF CANADA, « Government Bill (House of Commons) C-25 (42-1) - Royal Assent - An Act to amend the Canada Business Corporations Act, the Canada Cooperatives Act, the Canada Not-for-profit Corporations Act, and the Competition Act - Parliament of Canada », 1er mai 2018, en ligne : <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-25/royal-assent>.

PEDERSEN, K. et A. SINGH, « Reitmans Removes Clothing from Factory Suspected of North Korean Forced Labour After Marketplace Investigation », *CBC*, 6 novembre 2021, en ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/reitmans-removes-clothing-marketplace-investigation-1.6240153>.

SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT et COMMAND OF HER MAJESTY, *Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report*, 2019, en ligne : <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803406/Independent_review_of_the_Modern_Slavery_Act_-_final_report.pdf>.

SORKIN, A. R., « BlackRock's Message : Contribute to Society, or Risk Losing Our Support », *The New York Times*, sect. Business, 16 janvier 2018, en ligne : <https://www.nytimes.com/2018/01/15/business/dealbook/blackrock-laurence-fink-letter.html>.

SZETO, E., C. TAYLOR, A. TOMLINSON, M. CIVILLINI et W. SZETO, « Canada's Grocery Chains Stocked with Tomato Products Connected to Chinese Forced Labour », *CBC*, 29 octobre 2021, en ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/marketplace-tomato-products-investigation-1.6227359>.

THE BRITISH ACADEMY, « Future of the Corporation », en ligne : <https://www.thebritishacademy.ac.uk/programmes/future-of-the-corporation/>.

TORONTO SUN, « Feds questioned if imported Chinese PPE made by forced labour », *Toronto Sun*, 24 juillet 2020, en ligne : <https://torontosun.com/news/national/feds-questioned-if-imported-chinese-ppe-made-by-forced-labour>.

UNITED KINGDOM GOVERNMENT, « Independent Review of the Modern Slavery Act : Final Report », 31 décembre 2021, en ligne : <https://www.gov.uk/government/publications/independent-review-of-the-modern-slavery-act-final-report>.

———, « Modern Slavery Act 2015 », en ligne : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54>.

———, « Statutory Guidance: Governance and Reporting of Climate Change Risk : Guidance for Trustees of Occupational Schemes », en ligne : <https://www.gov.uk/government/consultations/climate-and-investment-reporting-setting-expectations-and-empowering-savers/outcome/statutory-guidance-governance-and-reporting-of-climate-change-risk-guidance-for-trustees-of-occupational-schemes>.

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, « SEC Adopts Rule for Pay Ratio Disclosure », 5 août 2015, en ligne : <https://www.sec.gov/news/press-release/2015-160>.

———, « SEC Proposes to Enhance Disclosures by Certain Investment Advisers and Investment Companies About ESG Investment Practices », 25 mai 2022, en ligne : <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-92>.

# TYPOLOGIE DES CONTENTIEUX CLIMATIQUES CONTRE LES ENTREPRISES





Ana-Maria ILCHEVA[195]

195 Docteure en droit privé, Université Côte d'Azur, GREDEG (France).

## RÉSUMÉ

Les contentieux climatiques contre les entreprises se multiplient à travers le monde à la faveur d'une réglementation, toujours plus riche, exigeant des acteurs davantage de transparence et de vigilance en matière climatique. S'il est pour l'instant difficile d'en faire un bilan, on peut néanmoins d'ores et déjà percevoir les contours de ces contentieux. Empruntant des chemins différents, dont certains sont « classiques » (notamment la responsabilité civile délictuelle), d'autres plus originaux (infractions du droit pénal des affaires ou du droit de la consommation), ils poursuivent un même objectif ultime : responsabiliser les entreprises face à leur impact et les rendre juridiquement responsables des dommages climatiques passés et en cours, et des dommages climatiques futurs. La présente contribution dresse une typologie non exhaustive de ces contentieux, selon qu'ils concernent directement ou indirectement la question du changement climatique.

## INTRODUCTION

**[317]** Les préoccupations liées au réchauffement climatique occupent indéniablement une place grandissante dans l'opinion publique. En témoigne la mobilisation inattendue de la société civile pour le climat, ayant conduit à l'engagement de plus de mille cinq cents procédures judiciaires (Global Climate Litigation Report, 2020) à travers le monde. De fait, le prétoire est devenu le lieu de cristallisation du malaise des victimes actuelles et futures du réchauffement climatique face à l'inaction et au manque d'ambition des États et des entreprises émettrices de gaz à effet de serre (GES). La dynamique de la recherche scientifique, dont les résultats ne poussent guère à l'optimisme, a favorisé ce mouvement puisqu'elle a permis de mieux comprendre l'action de l'homme sur le climat (Naim-Gesbert, 2018). Dans son dernier rapport d'évaluation, publié le 28 février 2022, le GIEC souligne ainsi que « les augmentations observées des concentrations de gaz à effet de serre depuis environ 1 750 sont, *sans équivoque*, causées par les activités humaines ». Dans ce contexte alarmant et préoccupant, la question des responsabilités se pose avec force.

**[318]** Si, dans les premiers procès climatiques apparus aux États-Unis au début des années 2000, les plaideurs estimaient que la responsabilité revenait avant tout aux États, les actions en justice furent progressivement étendues aux entreprises privées, essentiellement les entreprises du secteur pétrolier. Or, pendant longtemps, il semblait que les procès climatiques étaient inéluctablement voués à l'échec. Qualifiés de politiques, bornés par les règles strictes en matière de causalité, ils ne s'inscrivaient pas dans les représentations classiques du droit de la responsabilité et ne pouvaient, par conséquent, pas trouver d'issue favorable, laissant de fait les nombreuses victimes du réchauffement climatique sans voix et sans recours possible. Même s'il est encore tôt pour affirmer que les obstacles à la justiciabilité climatique ont été définitivement levés, les premières condamnations en Europe suscitent l'optimisme. Après la condamnation de l'État néerlandais[196], c'est l'État français qui s'est vu enjoindre par deux juridictions administratives de prendre toutes mesures utiles permettant à la France de respecter ses engagements climatiques[197] et de cesser l'aggravation du préjudice écologique causé[198]. Quant aux acteurs privés, la première condamnation (première instance) est tombée le 26 mai 2021, dans une affaire néerlandaise opposant une association de protection de l'environnement à l'entreprise pétrolière *Royal Dutch Shell*[199]. En France, une affaire similaire mettant en cause le groupe *Total*, devra prochainement être jugée au fond (Ilcheva, 2022)[200].

**[319]** Penser la responsabilité climatique des entreprises (Ilcheva, 2020) n'est guère un exercice facile. Ne s'agissant pas d'un régime de responsabilité autonome, la

196 Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, 19/00135, *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*; Collin, 2020.

197 CE, 19 novembre 2020, n° 427301 : (2020) *D.* 2292; (2021) *AJDA* 217; (2020) *AJDA* 2287; (2020) *JCP* éd. A. 2337, note R. Radiguet; CE, 1er juillet 2021, n° 427301 : (2021) AJDA 2115, note H. Delzangles; (2021) RFDA 777, concl. S. Hoynck; (2020) *JCP* 1334, note B. Parance et J. Rochfeld.

198 TA Paris, 3 février 2021, n° 1904967 : (2021) *D.* 240, note J.-M. Pastor; (2021) *D.* 281, comm. M. Hautereau-Boutonnet; (2021) *D.* 709, chron. H. Gali; (2021) *AJDA* 239; (2021) *RFDA* 747, note A. Van Lang, A. Perrin et M. Deffairi; TA Paris, 14 octobre 2021, n° 1904967 : (2021) AJDA 2063.

199 Trib. La Haye, 26 mai 2021, C/09/571932, *Milieudefensie et a. c/ Royal Dutch Shell (RDS)* : Ilcheva, 2021.

200 Jusqu'à présent, les débats s'étaient focalisés sur la question de la compétence juridictionnelle (CA Versailles, 18 novembre 2021, RG 21/01661 : (2021) *Revue des Sociétés* 297, note G. Leray; (2021) *RTD com.* 135, note A. Lecourt).

responsabilité dans le domaine climatique est protéiforme. C'est, pour le moment, une responsabilité qui emprunte les chemins classiques des régimes préexistants et qui poursuit différents objectifs. Il peut, en effet, s'agir d'une responsabilité pour avoir participé au problème, pour y remédier, pour le réparer, pour le prévenir…

**[320]** Ainsi, dans le cadre de contentieux que l'on appellera des « contentieux directs », le défi majeur pour les plaideurs sera de trouver le bon fondement juridique permettant d'appréhender le dommage climatique, à savoir le dommage attribué au changement climatique (conséquences du changement climatique) et le dommage causé au climat lui-même (préjudice écologique), aux fins de le réparer ou de prévenir sa réalisation (1.). Mais ces contentieux ne sont pas les seuls. Il est possible également d'identifier un certain nombre d'infractions issues du droit de la consommation ou du droit des affaires qui pourraient trouver application dans le cadre de procès climatiques. Le droit de la consommation et le droit des affaires ne seront pas mobilisés ici dans le but d'engager la responsabilité des entreprises à réparer ou à prévenir les dommages climatiques, mais afin de condamner leur comportement négligeant, déloyal, frauduleux. On parlera alors de « contentieux climatiques indirects » (2.).

## 1. LES CONTENTIEUX CLIMATIQUES DIRECTS

**[321]** En théorie, les contentieux climatiques directs peuvent tout aussi bien viser la réparation que la prévention des divers dommages climatiques. Il est vrai, néanmoins, que la prévention bénéficie d'une place largement privilégiée par rapport à la réparation. On cherche surtout à faire cesser le dommage, à prévenir l'apparition ou l'aggravation du préjudice déjà causé par le surplus d'émissions. Deux raisons principales peuvent l'expliquer. La première est technique : le dommage climatique est souvent difficilement évaluable et attribuable à un acteur précis (1.1). La deuxième est davantage idéologique : on peut se demander si la réparation a réellement du sens dans un domaine qui se démarque par le caractère irréversible des dommages causés (1.2).

### 1.1. LES CONTENTIEUX DE LA RÉPARATION

**[322]** Malgré les progrès scientifiques en matière d'établissement du lien de causalité entre les activités humaines et l'aggravation du réchauffement climatique, la réparation des dommages climatiques, quels qu'ils soient, demeure encore assez difficile en pratique. Comment réparer l'atteinte au climat ? Il faut d'abord être en mesure de l'évaluer. Cette évaluation est épineuse, les juges ne sont pas forcément armés pour y procéder et les expertises peuvent être l'objet de controverses. Faute de dommages facilement quantifiables, les indemnisations risquent d'être symboliques, comme c'est souvent le cas en matière d'environnement, où l'étude de la jurisprudence montre que les montants alloués aux parties civiles sont à géométrie variable, mais ne sont jamais très élevés (Neyret, 2008, p. 170). Quant aux dommages découlant du changement climatique, tels que l'atteinte aux biens ou les mesures sectorielles d'adaptation adoptées pour protéger les biens et les personnes des évènements météorologiques causés par le changement climatique[201] (par exemple, la construction de digues ou de

201 Voir l'affaire en cours contre l'électricien RWE en Allemagne : Trib. sup. rég. de Hamm, 30 novembre 2017, 2 O 285/1520, *Lliuya v. RWE AG*.

barrages), la difficulté tient moins à leur évaluation qu'à leur attribution à tel ou tel acteur précis.

**[323]** En effet, dans la mesure où le changement climatique est la conséquence d'émissions diffuses, qui s'étalent à l'échelle planétaire et qui s'accumulent dans le temps, l'établissement de la causalité individuelle peut s'avérer particulièrement difficile. Or, afin de réparer un dommage, il faut pouvoir l'imputer à un responsable. L'article 1240 du *Code civil* français, qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », exige effectivement la preuve d'une faute et d'un lien de causalité entre celle-ci et le dommage. Même si les activités humaines à l'origine des émissions de GES sont bien connues (industrie pétrolière, industrie chimique, bâtiment, transport, etc.), on peut s'interroger sur l'existence d'une faute dès lors que ces activités s'exercent conformément aux réglementations en vigueur.

**[324]** Une action en responsabilité aurait donc davantage de chance de prospérer si l'entreprise contrevient à une législation ou aux prévisions d'une règle de droit explicite. À titre d'exemple, en droit français, la loi n° 2017-399 sur le devoir de vigilance des sociétés mères oblige les grandes sociétés domiciliées en France d'élaborer, de rendre public et de mettre en œuvre un plan de vigilance sur les risques sociaux et environnementaux liés à l'activité de l'ensemble du groupe (y compris les fournisseurs et sous-traitants). Par ailleurs, le droit de l'Union européenne devrait prochainement étendre le champ d'application du mécanisme, notamment en abaissant considérablement les seuils de nombre de salariés requis par la loi française (Prop. dir. COM(2022) 71 final, 23 février 2022; Trébulle, 2022, repère 4; Michon, 2022). Cette loi prévoit expressément que le manquement aux obligations de vigilance définies à l'article L. 225-102-4 du *Code de commerce* engage la responsabilité civile de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du *Code civil*. Dans ce cadre, la faute de l'entreprise est une faute « nommée » (Danis-Fatôme et Viney, 2017, p. 1610) et résulte de tout manquement aux obligations édictées au sein de l'article L. 225-102-4 du *Code de commerce* (absence d'élaboration ou insuffisance du plan de vigilance; défaut de communication, de présentation dans le rapport de gestion ou de mise en œuvre du plan de vigilance, etc.). Toujours est-il qu'un lien de causalité doit être établi entre cette faute de l'entreprise et le préjudice causé. En réalité, ici encore, le rôle premier du dispositif est d'assurer la prévention des dommages à travers la mise en œuvre du plan de vigilance. Cette loi, qui s'inscrit dans un mouvement plus général de responsabilisation des entreprises face aux impacts de leurs activités, sert de fondement dans le cadre du procès climatique en cours contre Total.

### 1.2. LES CONTENTIEUX DE LA PRÉVENTION

**[325]** La responsabilité civile n'a pas qu'une fonction indemnitaire; elle a également une fonction préventive qu'il convient aujourd'hui de mettre davantage en avant parce qu'elle a infiniment plus de sens en présence de dommages irréversibles et de dommages qui concernent les générations futures. Il faut alors insister sur le rôle du juge, car il a le pouvoir d'ordonner des mesures permettant de prévenir ou de faire cesser le dommage, et ainsi d'obliger les entreprises à agir. Ces mesures préventives peuvent être de toute nature, comme le montrent les exemples tirés des contentieux

étrangers. En Allemagne, un agriculteur péruvien a ainsi demandé au juge de condamner l'électricien *RWE* à supporter les dépenses liées aux mesures préventives qu'il devra mettre en œuvre pour protéger sa propriété du risque d'inondation, à hauteur de sa contribution au réchauffement climatique. Aux États-Unis, on a réclamé aux entreprises pétrolières le financement des travaux de construction de digues et d'autres protections contre l'élévation du niveau des eaux (voir par exemple *King County v. BP p.l.c.*, 2:18-cv-00758, 2018 ; *County of San Mateo v. Chevron Corp., et al.*, 18-15499, 2017). Toujours aux États-Unis, des demandeurs ont parfois fait appel au juge afin qu'il prescrive aux émetteurs de GES des mesures de prévention par le biais de l'injonction. Tel a été notamment le cas dans l'affaire *American Electric Power Co. v. Connecticut*[202] où les États fédérés souhaitaient que le juge impose aux entreprises pétrolières l'élaboration de plans concrets de réduction des émissions sur les dix années à venir. Dans le même esprit, en France, il était demandé au tribunal judiciaire de Nanterre d'imposer à Total d'adopter des mesures précises pour réduire ses émissions de GES, telles que la cessation de la recherche de nouveaux sites d'extraction de gaz naturel ou encore l'augmentation de sa participation au développement des énergies renouvelables.

**[326]** Si la responsabilité climatique préventive semblait déjà être en marche, le mouvement se confirme depuis la condamnation de *Shell* en première instance aux Pays-Bas (Ilcheva, 2021, p. 1968). La société mère y est condamnée à réduire de 45 % ses émissions nettes d'ici 2030, sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Pour caractériser la « faute » de l'entreprise, le juge s'appuie sur le standard de « personne prudente et raisonnable » (*Shell* ne pouvait pas ignorer les effets dommageables des produits pétroliers, parfaitement mis en lumière par les travaux du GIEC et de l'Agence internationale de l'énergie) et sur les engagements volontaires de l'entreprise (*Shell* exprimait publiquement ses « intentions » de mettre en œuvre, à l'échelle du groupe, une stratégie globale de lutte contre le changement climatique). Cette décision oblige la société mère à mettre en œuvre des mesures concrètes d'atténuation du réchauffement climatique sur toute sa chaîne de valeur. Il s'agit donc bien d'une responsabilité climatique préventive car tournée vers le futur.

**[327]** Cette responsabilité *ex ante* (Frison-Roche, 2022, p. 621), tout à fait prometteuse dans le cadre des contentieux climatiques directs, repose sur le postulat que l'extension de l'action humaine dans le temps justifie une extension de l'obligation de répondre (Delmas-Marty, 2011, aux p. 358 et s.). En effet, face à des risques de dommages irréversibles, de dommages qui concernent les générations futures, la responsabilité se tourne nécessairement vers l'avenir, le but étant d'anticiper les conséquences dommageables à travers la mise en œuvre de mesures préventives.

**[328]** D'autres contentieux climatiques en plein essor, mais « indirects », démontrent que le contentieux climatique peut contenir également des aspects non négligeables de droit pénal.



202 *American Electric Power Co., Inc. v. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011). À noter que cette affaire n'a pas abouti. Les juges ne se sont pas prononcés sur le fond en raison de la non-recevabilité des questions soumises.

## 2. LES CONTENTIEUX CLIMATIQUES INDIRECTS

**[329]** Le domaine pénal n'est pas exclu du débat sur la responsabilité des entreprises dans le contexte du changement climatique. Mais, contrairement à ce qui était attendu, la récente consécration en France du « délit d'écocide » (et non pas crime !) ne va certainement pas révolutionner la responsabilité pénale des entreprises émettrices de gaz à effet de serre. Le nouvel article L. 231-3 du *Code de l'environnement* ne réprimande pas le « fait climatique » en tant que tel, c'est-à-dire le rejet d'émissions de GES incomptable avec la trajectoire de décarbonation fixée par l'État et prévue par la loi (en France, l'article L. 100-4 du Code de l'énergie consacre l'objectif d'atteindre la neutralité carbone à l'horizon 2050), mais uniquement la pollution atmosphérique intentionnelle, au-delà d'un seuil fixé par l'autorité administrative compétente et causant des dommages graves et durables (qui durent au moins sept ans) sur la santé, la faune et la flore.

**[330]** Pour l'heure, il n'y a donc pas de contentieux climatique direct, même embryonnaire, qui mobiliserait la responsabilité pénale des entreprises en France. Cependant, certaines infractions du droit de la consommation (2.1) et du droit des affaires (2.2) peuvent potentiellement trouver application dans le cadre de procès climatiques.

### 2.1. L'APPLICATION DES INFRACTIONS DU DROIT DE LA CONSOMMATION EN MATIÈRE CLIMATIQUE

**[331]** La question de l'éventuelle application du délit de pratiques commerciales trompeuses se pose avec beaucoup d'acuité dans un contexte où les géants du pétrole, de l'Internet ou de l'agroalimentaire multiplient les « promesses » de réduire leur empreinte environnementale et climatique, et de s'adapter à une économie bas-carbone. Que ce soit dans leurs rapports annuels, dans leurs annonces publicitaires ou sur leurs sites Internet, les entreprises cherchent aujourd'hui à se donner une image responsable. Les préoccupations climatiques sont sur toutes les lèvres. Aujourd'hui, plusieurs contentieux liés au *greenwashing* climatique ont été répertoriés, notamment en Australie (voir l'étude de : Wilensky, 2015), aux États-Unis (*State v. American Petroleum Institute*, 62-CV-20-3837, Minn. Dist. Ct., 24 juin 2020), mais aussi, récemment, en France.

**[332]** Il faut savoir que le droit français sanctionne pénalement les pratiques commerciales trompeuses des entreprises. Cette infraction est issue de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, transposée en droit français par la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Cette loi a été remaniée à de nombreuses reprises. Désormais, le *Code de la consommation* comporte un livre I consacré à l'information des consommateurs et aux pratiques commerciales. Le chapitre I du titre II de ce livre est relatif aux pratiques commerciales interdites, dont font partie les pratiques commerciales trompeuses. La notion de « pratique commerciale trompeuse » est extrêmement large. Il s'agit de toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs. Conformément à l'actuel article L. 121-2 du *Code de la*

*consommation*, enrichi par la loi du 22 août 2021 dite Loi Climat et résilience, une pratique commerciale peut être « trompeuse » si elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur sur, notamment, l'impact environnemental du bien ou du service ou sur la portée des engagements de l'annonceur en matière environnementale.

**[333]** Pour ce qui est du contentieux français, l'action en justice concerne une fois de plus le pétrolier *Total*. En 2021, *Total* change de nom et devient *TotalEnergies*. Ce changement de nom s'accompagne d'une vaste campagne publicitaire, l'entreprise s'affichant comme un « acteur majeur de la transition énergétique » qui vise à atteindre un « objectif net zéro » émission. Le message est diffusé à grande échelle : presse écrite, télévision, panneaux publicitaires, sites Internet, stations-services, réseaux sociaux. Le 2 mars 2022, l'entreprise est assignée en justice devant le tribunal judiciaire de Paris par trois associations pour pratiques commerciales trompeuses. Les associations reprochent diverses choses à l'entreprise, et notamment qu'en évoquant l'objectif de neutralité carbone, *TotalEnergies* ne parle que de ses propres émissions, et donc des émissions occasionnées par l'extraction et le transport des énergies fossiles (scopes 1 et 2). Or, dans le cycle de vie d'un baril de pétrole, la majeure partie des émissions (85 % à 90 %) est occasionnée par la combustion (scope 3). En outre, dans ses publicités, *TotalEnergies* utilise des images d'éoliennes, de panneaux solaires et de bornes de recharge de véhicules électriques, alors même que, d'après ses propres prévisions, la part de ces nouvelles énergies dans les ventes du groupe ne devrait atteindre que 15 % d'ici 2030. Enfin, alors qu'elle prétend être un « acteur majeur de la transition énergétique », l'entreprise multiplie les mégaprojets pétroliers et gaziers en Ouganda, au Mozambique et en Arctique russe. L'affaire est à suivre.



**[334]** Au-delà du droit de la consommation, c'est le droit pénal des affaires, et plus précisément le droit boursier, qui pourrait être mobilisé dans le cadre d'actions en justice en lien avec le changement climatique. On s'intéressa en particulier à la possibilité de réprimer la diffusion sur les marchés financiers d'informations fausses ou trompeuses en lien avec le changement climatique.

### 2.2. L'APPLICATION DES INFRACTIONS DU DROIT PÉNAL EN MATIÈRE CLIMATIQUE

**[335]** Point n'est besoin d'insister sur la nécessité de communiquer aux investisseurs actuels ou futurs des informations sur la manière dont l'entreprise appréhende le changement climatique, et plus précisément sur la manière dont elle gère les risques financiers dérivant du changement climatique. Il est désormais acquis que l'empreinte climatique des entreprises peut avoir un impact à la fois sur leur valeur et sur leur pérennité. La diffusion d'informations relatives à celle-ci est donc considérée comme primordiale, notamment par les actionnaires et les investisseurs. Il peut s'agir d'informations relatives aux émissions de GES de l'entreprise, aux conséquences de ses activités sur le climat, aux risques climatiques auxquels elle est exposée… Le droit français impose d'ailleurs à certaines grandes entreprises d'indiquer, dans leur déclaration annuelle de performance extra-financière (article L. 225-102-1 du *Code de commerce*), les postes significatifs d'émissions de GES (scope 1, 2 et 3), les mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique, ainsi que les objectifs de réduction des émissions de GES fixés volontairement à moyen et long

terme et les moyens mis en œuvre à cet effet. Lorsque la société est cotée, la déclaration doit, de surcroît, contenir des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie bas-carbone dans toutes les composantes de son activité.

**[336]** Ce dispositif doit, en principe, permettre de donner une image fidèle des performances de l'entreprise dans le contexte du changement climatique. Rendue publique, la déclaration de performance extra-financière peut conduire à des critiques sur la manière dont la société gère l'enjeu climatique, voire, parfois, à un certain désinvestissement. La question se pose de savoir s'il est possible d'envisager une mise en cause de la responsabilité pénale de l'entreprise sur le fondement de l'article L. 465-3-2 du *Code monétaire et financier*, si celle-ci diffuse des informations fausses ou trompeuses en matière climatique.

**[337]** La réponse à cette question doit être affirmative, quel que soit le support utilisé. En effet, l'article L. 465-3-2 trouve application dès lors que l'entreprise répand dans le public une information fausse ou trompeuse portant notamment sur ses perspectives de développement, sur sa situation ou sur la situation de ses titres, et que cette information est de nature à agir sur les cours. Or ces éléments peuvent être fortement impactés par les divers risques liés au climat. En toute hypothèse, l'entreprise connaît ces risques et doit désormais assurer leur gestion. Elle ne peut, par exemple, ignorer qu'une partie de son activité est menacée par le changement climatique, ou les impacts des nouvelles réglementations en matière de lutte contre le changement climatique.



**[338]** Des exemples de droit comparé témoignent de l'intérêt que peut présenter ce fondement pour le contentieux climatique. En Australie, une action en justice avait été engagée par deux actionnaires de la banque *Commonwealth Bank of Australia* (CBA) qui reprochaient à cet établissement les insuffisances des informations communiquées en matière climatique (*Federal Court of Australia, Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia*, 08/08/2017, VID879/2017). Selon les actionnaires, le rapport financier annuel de la CBA ne donnerait pas assez d'informations sur les risques pesant sur l'activité économique du fait du changement climatique. Pourtant, ces risques pourraient sérieusement perturber la performance de l'établissement bancaire. La CBA aurait donc dû informer les investisseurs des stratégies mises en œuvre pour gérer ces risques afin qu'ils puissent prendre une décision éclairée concernant leur investissement. En réaction à l'assignation en justice, la banque australienne a publié sur son site un document intitulé *Climate Policy Position Statement* dans lequel elle reconnaît la matérialité du changement climatique ainsi que les risques significatifs qu'il fait peser sur son activité. Depuis, les actionnaires ont retiré leur plainte. L'industrie fossile a également été concernée par ce type d'actions, notamment la compagnie pétrolière américaine *ExxonMobil*.

**[339]** Il est certain que, quelle qu'en soit l'issue, ce type de procès a pour effet de mettre une pression accrue sur la manière dont l'industrie fossile communique au sujet de l'environnement en général et du changement climatique en particulier, comme ce fut le cas jadis pour l'industrie du tabac au sujet de la santé. Ceci est parfaitement cohérent avec la volonté politique, affirmée et réaffirmée à l'échelle européenne, de

responsabiliser les acteurs économiques (à travers la création du devoir de vigilance européen) et d'accroître la transparence en matière environnementale tout en favorisant les entreprises dont les activités ont un faible impact écologique (à travers l'instauration de la taxonomie verte européenne).

## CONCLUSION

**[340]** Force est de constater que les entreprises sont de plus en plus impliquées dans la lutte contre le changement climatique. Les obligations et devoirs extra-financiers ne cessent de se multiplier, en même temps que les incitations de la part du secteur financier. Les parties prenantes jouent le rôle de « vigie citoyenne », en interpellant de plus en plus les « mauvais joueurs ». Une nouvelle dynamique de régulation climatique se met en place, dans laquelle la société civile et le juge (et demain peut-être aussi les actionnaires et investisseurs) jouent un rôle primordial. Les stratégies contentieuses se multiplient et les outils classiques du droit se réinventent. La quête de justice climatique est entamée.

## BIBLIOGRAPHIE


COURNIL, C., L. VARISON, M. DELMAS-MARTY et V. CABANES (dir.), *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018.

COLLIN, C., « Suite et fin de l'affaire Urgenda : une victoire pour le climat », (2020) *D.* Actualités, en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/suite-et-fin-de-l-affaire-urgenda-une-victoire-pour-climat#.ZCva7ezMI1I>.

DANIS-FATÔME, A. et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », (2017) *D.* 1610-1618.

DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit*, coll. La couleur des idées, Paris, Éditions du Seuil, 2004.

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive* (EU) 2019/1937, Brussels, 2022.

FRISON-ROCHE, M.-A., « La responsabilité ex ante, pilier du droit de la compliance », (2022) *D.* 621-624.

ILCHEVA, A.-M., « La compétence du juge judiciaire dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance », (2022) 1 *RJE* 137-150.

———, « Condamnation de Shell aux Pays-Bas : la responsabilité climatique des entreprises pétrolières se dessine », (2021) *D.* 1968-1970.

———, *L'entreprise et la lutte contre le changement climatique : Étude juridique*, Thèse de doctorat, Université Côte d'Azur, 2020.

MICHON, C., « Le futur du devoir de vigilance ? », (2022) 2 *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires* 22-23.

NAIM-GESBERT, É., « La place de l'expertise : du GIEC au Haut Conseil pour le climat. La fabrique d'une vérité climatique », dans Christel COURNIL, Leandro VARISON, Mireille DELMAS-MARTY et Valérie CABANES (dir.), *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018, p. 425-437.

NEYRET, L., « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », (2008) *D.* 170-176.

TRÉBULLE, F. G., « Vigilance et durabilité : une nécessité ! », (2022) 4 *Énergie – Envir. – Infra.* Repère 4.

WILENSKY, M., « Climate Change in the Courts: An Assessment of Non-U.S. Climate Litigation », (2015) 26-1 *Duke Environmental Law & Policy Forum* 131-179.

UNITED NATION ENVIRONMENT PROGRAMME, *Global Climate Litigation Report* : 2020 Status Review.

# CLIMAT : UN REGARD COMPARÉ SUR LE DROIT APPLICABLE À L'ENTREPRISE ET À L'ÉTAT





Géraud de LASSUS ST-GENIÈS[203]

203 Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval (Canada).

## RÉSUMÉ

En raison de leur contribution au problème du climat, mais aussi du contrôle qu'ils sont en mesure d'exercer sur les sources d'émissions de gaz à effet de serre, l'État et l'entreprise sont deux acteurs centraux dans la lutte contre les changements climatiques. À ce titre, ils sont chacun assujettis à un ensemble de règles se rapportant à cet enjeu. Mais l'entreprise et l'État sont aussi des acteurs très différents. Dès lors, le droit des changements climatiques qui leur est applicable est-il, par ricochet, lui aussi marqué par de profondes différences, ou au contraire existe-t-il certaines similarités entre ces deux formes de droit ? Partant de cette interrogation, cette contribution vise à mettre en lumière les dynamiques communes qui traversent aujourd'hui le droit des changements climatiques qui est applicable à l'État et à l'entreprise.

## INTRODUCTION

**[341]** « *Business plays a central role in climate change* » (United Nations Office of the High Commissioner, non daté, p. 1). La citation aurait pu provenir du discours d'un(e) dirigeant(e) d'une grande entreprise ou d'une association représentant les intérêts du secteur privé. Elle figure pourtant dans un récent document du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme consacré aux changements climatiques et aux *Principes directeurs relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises*. Loin d'être anecdotique, cet exemple démontre à quel point l'entreprise est aujourd'hui volontiers présentée comme un acteur central dans la résolution du problème du climat (Hart, 2013) (ce que certaines études s'attachent à démontrer chiffres à l'appui : New Climate Institute, 2016).

**[342]** Cette centralité s'explique principalement par deux facteurs. Le premier est que l'essentiel des gaz à effet de serre (GES) est émis soit dans le cadre des activités des entreprises, soit lors de l'usage de biens et services qu'elles mettent sur le marché (par exemple, entre 1988 et 2015, il a été démontré que 71 % des émissions de CO2 et de méthane d'origine industrielle étaient attribuables à seulement 100 entreprises du secteur des énergies fossiles) (Griffin, 2017). Le second est que les ressources financières et technologiques les plus importantes sont détenues par le secteur privé et que le problème du climat ne peut être résolu que si toutes ces ressources sont mises au service de la cause climatique (Carter, 2020).

**[343]** Conscients de cette réalité, les États ont demandé aux « entreprises industrielles et aux autres secteurs de la production », dès les origines de la politisation de la question climatique (soit à la fin des années 1980), de s'investir dans la lutte contre les changements climatiques et « de jouer à cet égard le rôle qui leur revient » (Assemblée générale des Nations Unies, 1988). Depuis, les États ont développé un ensemble varié de normes, d'initiatives et de mécanismes, tant au niveau national qu'international, à destination des entreprises dans le but de les contraindre, ou simplement les inciter à mieux prendre en compte la nécessité de lutter contre les changements climatiques dans le cadre de leurs activités.

**[344]** Ainsi, dans de nombreuses juridictions, on observe aujourd'hui que les entreprises peuvent être assujetties, entre autres, à des obligations de déclaration de leurs émissions de GES[204]; à des obligations d'estimer les émissions de GES attribuables aux projets qu'elles envisagent de réaliser[205]; à des obligations de divulgation d'informations au sujet des risques que les changements climatiques font courir à leurs activités[206]; à des obligations de publication d'un « plan de transition pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre présentant les objectifs, moyens et actions envisagés »[207]; ou à des obligations de publication d'informations concernant leur « contribution au respect de l'objectif international de limitation du réchauffement

204 Voir par exemple, au Québec, le *Règlement sur la déclaration obligatoire de certaines émissions de contaminants dans l'atmosphère*, RLRQ c. Q-2, r. 15, art. 6.1.

205 Voir par exemple, au Canada, la *Loi sur l'évaluation d'impact*, L.C. 2019, ch. 28, art.1 et son *Règlement sur les renseignements et la gestion des délais*, DORS/2019-283, art. 23.

206 Voir par exemple, en Nouvelle-Zélande, le *Financial Sector (Climate-related Disclosures and Other Matters) Amendment Bill.*

207 C. envir., art. L. 229-25 (France)

climatique »[208]. Ce à quoi il faut encore ajouter les normes (parfois très techniques) encadrant le fonctionnement de certaines activités industrielles et qui visent à réduire leurs émissions de GES (on peut penser aux mécanismes de tarification du carbone). Cela dit, tout n'est pas forcément obligatoire pour l'entreprise, puisqu'il arrive aussi que les États mettent en place des programmes volontaires afin de les encourager à améliorer leurs performances environnementales ou simplement leur permettre de consigner (donc rendre visible) leurs actions en faveur du climat. Cette approche s'observe tant au niveau international (Blin-Franchomme, 2017)[209] que national (Environnement et changement climatique canada, 2022, p. 51)[210].

**[345]** Parallèlement à l'action des États, les entreprises elles-mêmes ont bien compris l'importance de faire leur part en matière de lutte contre les changements climatiques en se dotant, sans forcément y être obligées, d'objectifs d'atténuation. En 2021, une étude estimait ainsi que plus de 480 entreprises représentant un revenu annuel de 16 trillons de dollars américains avaient adopté une forme d'engagement envers la neutralité carbone (Kreibich et Hermville, 2021). Ces efforts d'autorégulation témoignent-ils d'une véritable préoccupation à l'égard de l'avenir de la planète ? Peut-être. Mais ils s'expliquent aussi sans doute par la crainte qu'ont certains opérateurs économiques de s'exposer à des risques (notamment réputationnels) en restant passifs sur la question du climat, voire de faire l'objet de poursuites devant les tribunaux comme c'est maintenant de plus en plus le cas.

**[346]** Comme le démontre ce bref tour d'horizon – qui n'est certainement pas exhaustif – en matière de lutte contre les changements climatiques l'entreprise est aujourd'hui la destinataire d'un grand nombre de normes et de mécanismes, lesquels peuvent alors être envisagés comme formant un droit des changements climatiques applicable à l'entreprise (le terme droit étant ici entendu dans son sens le plus large). Conclure à l'existence d'un tel « droit » est certainement une idée qui peut être débattue. On peut en effet penser qu'il y a dans ce prétendu « droit » beaucoup trop de matériaux différents, tant du point de vue de leur objet que de leur statut juridique, pour y voir un quelconque « agent unificateur » (Pellet, 2007).

**[347]** Cependant, parler d'un droit des changements climatiques applicable à l'entreprise permet du même coup d'évoquer par opposition – et toujours en se focalisant sur le destinataire des normes climatiques – un autre droit des changements climatiques : celui applicable à l'État. Car que ce soit par le biais du droit international ou de sa propre législation, l'État s'impose à lui-même (et se fait parfois imposer par les tribunaux) des obligations en matière de lutte contre les changements climatiques. Distinguer ces deux formes de droit ouvre alors la voie à la question suivante : puisque l'entreprise et l'État sont des acteurs très différents, le droit des changements

208 C. mon. et fin., art. L. 533-22-1 (France).

209 Voir la plateforme « Zone des acteurs non étatiques pour l'action climatique » (ou NAZCA, selon l'acronyme anglais, en ligne : <https://climateaction.unfccc.int>) mise en place dans le cadre du système multilatéral onusien de lutte contre les changements qui permet aux entités non étatiques de consigner leurs initiatives en faveur du climat. Sur la place de l'entreprise dans la gouvernance internationale du climat.

210 Par exemple, dans son *Plan de réduction des émissions pour 2030*, le gouvernement du Canada a prévu une « initiative volontaire » baptisée le « défi carboneutre » destinée à « encourager les entreprises à élaborer et à mettre en œuvre des plans crédibles et efficaces pour les aider à la transition de leurs installations et de leurs opérations vers la carboneutralité d'ici 2050 ».

climatiques qui leur est applicable est-il, par ricochet, lui aussi profondément différent, ou alors existe-t-il tout de même des similarités entre ces deux formes de droit ? En vue d'apporter des éléments de réponse à cette interrogation, cette brève contribution entend montrer qu'à plusieurs égards une certaine symétrie dans les dynamiques qui caractérisent actuellement le droit des changements climatiques applicable à l'entreprise et l'État peut être observée. À titre d'illustration, on se limitera ici à évoquer deux de ces dynamiques, soit la recherche de transparence dans l'action climatique (1) et la recherche d'un contrôle du niveau d'ambition des efforts d'atténuation (2).

## 1. LA RECHERCHE DE TRANSPARENCE DANS L'ACTION CLIMATIQUE

**[348]** Que ce soit au niveau international ou national, la transparence – parfois définie comme un « système au sein duquel l'information pertinente est disponible » (Tabau, 2016) – revêt une place centrale dans le droit des changements climatiques applicable à l'État. Au niveau international, les Parties à la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et au Protocole de Kyoto* sont depuis longtemps tenues de rapporter certaines informations aux organes de ces traités (essentiellement des inventaires de leurs émissions de GES, ainsi que des documents présentant les politiques climatiques mises en œuvre sur leur territoire) qui sont rendues publiques sur le site Internet de la Convention. Si cette logique de *reporting* se retrouve dans l'*Accord de Paris*, ce traité est toutefois venu renforcer la centralité de la notion de transparence au sein du système multilatéral de lutte contre les changements climatiques, à plusieurs titres : en consacrant formellement la notion de transparence (le terme est cité à 13 reprises dans le traité); en exigeant de chacune des Parties qu'elle établisse, communique et actualise une contribution déterminée au niveau national qu'elle prévoit réaliser[211] et en établissant un « cadre de transparence renforcé des mesures et de l'appui »[212] destiné à « fournir une image claire des mesures relatives aux changements climatiques […] notamment en éclairant et en suivant les progrès accomplis par chaque Partie en vue de s'acquitter de sa contribution déterminée au niveau national »[213]; en prévoyant un bilan périodique de la mise en œuvre devant permettre « d'évaluer les progrès collectifs accomplis dans la réalisation » de l'objet et des buts de l'*Accord de Paris*[214]. En somme, ce traité a donc établi un formidable système destiné à produire de l'information au sujet de ce que font les États, dans l'optique de rendre les autorités nationales « politically, and possibly, legally accountable at the domestic level » (Mayer, 2019).

**[349]** Au niveau national aussi la notion de transparence revêt une importance particulière dans l'encadrement de l'action étatique. Au Canada, en témoigne l'adoption en 2021 de la *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*[215] dont le titre

211 *Accord de de Paris*, art. 4.2.

212 *Accord de de Paris*, art. 13.1.

213 *Accord de de Paris*, art. 13. 5.

214 *Accord de de Paris*, art. 14.1.

215 L.C., 2021, ch.22.

complet mérite ici d'être cité : *Loi concernant la transparence et la responsabilité du Canada dans le cadre de ses efforts pour atteindre la carboneutralité en 2050.* Calquée en grande partie sur la logique de l'*Accord de Paris*, cette loi oblige le ministre fédéral de l'environnement à : établir et publier des cibles nationales de réduction des émissions de GES pour les années 2035, 2040 et 2045 en vue d'atteindre la carboneutralité en 2050[216]; préparer et publier, suite à l'établissement d'une cible, une description des principales mesures de réduction des émissions de GES envisagées[217], ainsi qu'un plan plus détaillé de réduction des émissions[218]; préparer et publier des rapports d'étape avant l'arrivée à échéance des cibles pour présenter les progrès réalisés dans leur atteinte[219]; et, après leur échéance, préparer et publier des rapports d'évaluation devant préciser si la cible a été atteinte et, si tel n'a pas été le cas, les raisons pour lesquelles son atteinte n'a pas été possible[220]. De plus, la loi prévoit que le « ministre des Finances prépare un rapport annuel, qu'il rend public, sur les principales mesures entreprises par l'administration fédérale afin de gérer ses risques et occasions d'ordre financier liés aux changements climatiques »[221]. Toutes ces exigences démontrent ainsi l'attachement du législateur fédéral à garantir une transparence à l'égard de ce que fait, ou ne fait pas, le Canada en matière de lutte contre les changements climatiques. À un degré moindre, cette recherche de transparence s'observe aussi dans la législation québécoise qui prévoit notamment l'obligation, pour le gouvernement, de fixer une cible de réduction des émissions de GES et, pour le ministre de l'Environnement, d'élaborer une politique-cadre sur les changements climatiques[222], un rapport sur l'atteinte des cibles après leur échéance[223] et un « bilan exhaustif » annuel des mesures mises en œuvre[224].



**[350]** Mais au-delà de sa propre action, c'est aussi à l'égard de l'entreprise que l'État entend imposer cette exigence de transparence. D'abord, il faut rappeler que les entreprises sont tenues, à partir d'un certain volume de rejets de GES ou d'une certaine taille, de déclarer leurs émissions auprès des autorités nationales, et que ces données sont (en principe) publiques[225]. Au Québec et au Canada, toute personne peut ainsi connaître le volume et la nature des GES émis par les entreprises assujetties à ces obligations de déclaration. Le parallèle avec les obligations de constituer des inventaires nationaux de GES qui s'appliquent aux États est ici assez évident. Ensuite,



216 *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, art. 7(1).

217 *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, art. 7(5).

218 *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, art. 9(1).

219 *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, art. 14(1) et 14(2).

220 *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, art. 15(1), 15(2) et 16.

221 *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, art. 23. La loi précise toutefois à son article 29 que cette disposition entrera en vigueur à une date fixée par décret. Ce décret n'a pas été adopté à ce jour.

222 *Loi sur la qualité de l'environnement*, c. Q-2, art. 46(3).

223 *Loi sur la qualité de l'environnement*, art. 46.17

224 *Loi sur la qualité de l'environnement*, art. 46.18.

225 Voir, par exemple au Québec, le Règlement sur la déclaration obligatoire de certaines émissions de contaminants dans l'atmosphère, art. 6.1, et la Loi sur la qualité de l'environnement, art. 46.2, al. 3, LQE. Au Canada, voir par exemple l'Avis concernant la déclaration des gaz à effet de serre (GES) pour 2021, 2021.

de plus en plus de juridictions se dotent de règles pour obliger les entreprises à divulguer des informations financières en lien avec les changements climatiques. Avec la prise de conscience des impacts des changements climatiques, les entreprises étaient déjà, depuis le milieu des années 2000, confrontées à de telles demandes de la part de leurs actionnaires (Pattberg, 2017). Mais désormais, l'exercice tend de plus en plus à être obligatoire et encadré. Des développements en ce sens sont observables dans plusieurs juridictions dont en Nouvelle-Zélande, au Canada, aux États-Unis, en France, en Angleterre, en Suisse, ainsi qu'au niveau de l'Union européenne (Mishra, 2022). À travers cette recherche de transparence, l'objectif est ainsi de permettre à l'actionnaire, en lui donnant accès à certaines informations, d'amener l'entreprise à davantage intégrer la contrainte climatique dans ses activités pour, idéalement, réduire ses émissions de GES tout en se préparant à gérer au mieux les effets néfastes des changements climatiques. Ce qui n'est pas si différent de l'objectif visé par les mécanismes de transparence applicables à l'État, dont la finalité est justement de faire en sorte que l'inaction climatique des gouvernements ne puisse plus être dissimulée, avec en toile de fond l'idée que les États seront alors incités à en faire davantage sur ce terrain (Weikmans, Asselt et Roberts, 2020).

**[351]** Mais la transparence n'est pas que l'accès à l'information. C'est également l'accès à une information de qualité, c'est-à-dire claire, complète, fiable et comparable. Or, parvenir à un tel résultat reste encore un défi en ce qui concerne l'information produite tant par l'État que l'entreprise. En ce qui concerne les États, il est depuis longtemps convenu que l'information à communiquer aux organes des traités sur le climat doit l'être selon « des méthodes comparables […] approuvées par la Conférence des Parties »[226]. Outre les *Lignes directrices*[227] élaborées par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) que les Parties doivent appliquer pour la constitution de leurs inventaires nationaux de GES[228], elles sont également tenues de préparer les rapports qu'elles doivent soumettre selon des formats prédéfinis dans des décisions qui détaillent également les éléments à y faire figurer[229]. Cependant, ces efforts d'encadrement ne garantissent pas forcément l'exactitude des informations. Ainsi, en 2021, une enquête du *Washington Post* concluait à l'existence d'un « giant gap between what nations declare their emissions to be vs the greenhouse gases they are sending in the atmosphere » (Mooney, Eilperin, Butler, et al., 2021). De plus, la communication d'une information claire et exacte à propos de certains aspects, comme la finance climatique, l'adaptation aux changements climatiques et la quantification en équivalent CO2 d'efforts d'atténuation fondés sur d'autres unités de mesures, se heurte encore à d'importantes difficultés d'ordre méthodologique.

**[352]** Du côté des entreprises aussi, les limites des règles visant à garantir la transparence sont tangibles. Par exemple, alors que les entités assujetties à des

226 *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, art. 4.1. a) et 12.1 a).

227 Lignes directrices 2006 du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) pour les inventaires nationaux de gaz à effet de serre.

228 Décision 18/CMA.1, *Modalités, procédures et lignes directrices aux fins du cadre de transparence des mesures et de l'appui visé à l'article 13 de l'Accord de Paris*, FCCCP/PA/CMA/2018/3/Add.2, 19 mars 2019, Annexe, par. 20.

229 Décision 18/CMA.1, *Modalités, procédures et lignes directrices aux fins du cadre de transparence des mesures et de l'appui visé à l'article 13 de l'Accord de Paris*, FCCCP/PA/CMA/2018/3/Add.2, 19 mars 2019, Annexe, par. 20.

obligations de déclaration des émissions de GES sont tenues de recourir à certaines méthodologies (*Lignes directrices* du GIEC, GHG Protocol, normes ISO) pour estimer leurs rejets, les données figurant dans les inventaires qu'elles préparent demeurent parfois approximatives (Talbot et Boiral, 2013). De plus, les entreprises ne sont pas toujours obligées d'inclure les émissions de catégorie 3 (émissions indirectes) dans leur déclaration, ce qui fait en sorte que ces documents ne rendent pas forcément compte de leur réelle contribution au problème du climat. Face au défi que représente pour les entreprises la communication d'une information claire et utile aux investisseurs, « plusieurs référentiels transnationaux » (Epstein, 2021) ont vu le jour afin de les accompagner dans cette démarche. Par exemple, en 2017, le Groupe de travail sur l'information financière relative aux changements climatiques (créé en 2015 à l'initiative du Conseil de stabilité financière du G20) publia des recommandations à destination des entreprises visant à leur permettre de divulguer aux investisseurs des « clear, comparable and consistent information about the risks and opportunities of climate change » (Task Force on Climate-Related Financial, 2017).

**[353]** Si de telles initiatives démontrent une volonté du milieu économique d'améliorer la qualité de l'information communiquée par les entreprises, ces efforts d'encadrement se heurtent toutefois à une difficulté qui est que « a metric that is helpful for certain use cases does not necessarily serve others » (Mishra, 2022). Autrement dit, s'il est nécessaire d'encadrer le comportement des entreprises afin de permettre la production d'une information fiable et utile, les efforts de standardisation en ce sens doivent composer avec le fait que ce qui représente une information fiable et utile peut varier en fonction des entreprises. Or, ce constat est aussi valable en ce qui concerne les États, du moins au niveau international, puisque leurs objectifs d'atténuation et les politiques climatiques qu'ils mettent en œuvre sont loin d'être identiques. Dans les deux cas, donc, si des règles communes sont bien nécessaires pour garantir la production d'informations comparables, le défi est que ces règles communes ont vocation à s'appliquer à des situations fort variées. Or, garantir une parfaite transparence de l'information avec des règles communes dans un tel contexte s'avère particulièrement délicat.

## 2. LA RECHERCHE D'UN CONTRÔLE DU NIVEAU D'AMBITION DES EFFORTS D'ATTÉNUATION

**[354]** L'*Accord de Paris* réunissant 195 Parties, la plupart des États de la planète ont désormais élaboré une cible (ou des cibles) d'atténuation des changements climatiques. Cependant, ce traité ne donne que des indications très générales sur ce que doivent être ces cibles, le texte se limitant à dire que, pour chaque Partie, sa cible « correspondra à son niveau d'ambition le plus élevé possible »[230]. Le niveau d'ambition de beaucoup de ces cibles et des actions prises pour les atteindre demeurant insuffisant, la société civile s'est alors mise à solliciter le juge national afin de lui demander d'obliger les gouvernements à en faire davantage en matière de lutte contre les changements climatiques. Le cas le plus emblématique de cette forme de contentieux climatique est certainement l'affaire *Urgenda Foundation v. State of the*

230 *Accord de Paris*, art. 4.3.

*Netherlands*[231] rendue en 2015 par un tribunal des Pays-Bas. Pour la première fois dans cette affaire, des juges ont ordonné à un gouvernement de revoir à la hausse sa cible de réduction des émissions de GES. Selon le tribunal, la cible initialement choisie par cet État n'était pas assez ambitieuse et contrevenait de ce fait au devoir qu'avaient les Pays-Bas de faire preuve de diligence dans la manière d'atténuer les changements climatiques sur leur territoire. Ce jugement historique amena d'importants changements dans la politique climatique néerlandaise (nouvelle cible de réduction des émissions, nouvelle loi climatique, annonce de la fermeture des centrales électriques au charbon d'ici 2030). Mais surtout, il permit de constater que les tribunaux pouvaient jouer un rôle central pour faire progresser l'action climatique. L'affaire *Urgenda* inspira ainsi des procès similaires, bien que basés sur d'autres fondements juridiques que la responsabilité civile (souvent, les droits de la personne) dans différentes juridictions à travers le monde. Même si tous ces recours n'ont pas été couronnés de succès (notamment aux États-Unis et au Canada), plusieurs affaires des États (comme l'Allemagne, la France et l'Irlande) ont été contraints par les juges nationaux de revoir leur politique climatique à la hausse. Dans son rapport d'avril 2022, le GIEC reconnaît d'ailleurs que le contentieux climatique peut influencer la rigueur et le niveau d'ambition des politiques climatiques nationales (Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022, par. E.3.3.).

**[355]** Or, depuis quelques années, on observe qu'un contentieux climatique similaire se développe à l'égard des entreprises. Sans doute est-il encore trop tôt pour affirmer de façon certaine que toutes les entreprises sont, de manière aussi systématique que les États, juridiquement tenues d'adopter des cibles d'atténuation des changements climatiques et/ou de prendre des mesures pour contrôler leurs émissions de GES[232]. Mais il est vrai qu'elles sont de plus en plus contraintes par des dispositions législatives de prendre des actions en faveur du climat, ou du moins de considérer ou tenir compte des changements climatiques dans les décisions qu'elles prennent (Sarra, 2021, p. 9). Dans tous les cas, qu'elles le fassent ou non en réponse à une obligation juridique, le fait est qu'un nombre grandissant d'entreprises se dotent d'objectifs de lutte contre les changements climatiques et prennent (ou disent prendre) des mesures en ce sens. Ce faisant, cette évolution a ouvert la voie à un contentieux climatique dans le cadre duquel le juge est amené à se prononcer sur la légalité du niveau d'ambition des efforts d'atténuation des acteurs privés.

**[356]** C'est ainsi que, dans une affaire rendue en 2021 au Pays-Bas, un tribunal de première instance considéra que l'entreprise *Royal Dutch Shell* (RDS) avait une obligation de réduire ses émissions de GES au titre de son devoir de diligence lui incombant en vertu du droit civil néerlandais, et que l'objectif d'atténuation qu'elle s'était fixé (une réduction de 30 % des émissions de CO2 par unité d'énergie produite en 2035, et de 65 % en 2050) n'était pas suffisamment ambitieux pour constituer un

231 [2015] HAZA C/09/00456689.

232 L'opinion selon laquelle les entreprises seraient liées par une obligation de réduire leurs émissions de GES est toutefois affirmée en doctrine. Voir, par exemple, *Principles on Climate Obligations of Entreprises*, art. 2.1. Également, *Les principes d'Oslo sur les obligations concernant le changement climatique*, art. 7. Par ailleurs, dans la mesure où il est reconnu que les « entreprises doivent respecter les droits énoncés » par certains traités relatifs aux droits de la personne (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 2017), la question de savoir si les entreprises seraient à ce titre tenues d'agir en faveur du climat peut être posée. En effet, il est souvent reconnu, tant en doctrine que par certains organes (juridictionnels ou quasi-juridictionnels), que des obligations positives d'agir contre les changements climatiques peuvent être déduites des traités protégeant les droits de la personne. Sur ce point, voir notamment : Mayer, 2021.

comportement diligent (District Court of The Hague, par. 4.5.2 et 4.5.3.). Aussi, le tribunal ordonna à RDS de réduire ses émissions de 45 % d'ici 2030, par rapport au niveau de 2019 (une décision portée en appel (District Court of The Hague, par. 4.4.55). Dans une autre affaire également en cours devant les tribunaux français, c'est l'entreprise Total qui se voit reprocher le « caractère inadapté et insuffisant des mesures » qu'elle a mis en place pour « prévenir les risques d'atteintes graves découlant du réchauffement du climat » (*Notre affaire à tous et al.*, Assignation devant le tribunal judiciaire de Nanterre, 2020, p. 28 et p. 29), ce qui selon les plaignants serait constitutif d'une violation du devoir de vigilance auquel est tenu cette entreprise par le droit français (Luca d'Ambrosio, 2022)[233].

**[357]** Comme le démontrent les affaires évoquées ici, qu'il s'agisse des entreprises ou des États, l'une des questions qui est donc aujourd'hui au cœur du développement du droit des changements climatiques applicable à ces acteurs est celle de la définition du seuil de légalité du niveau d'ambition des efforts d'atténuation. Que ce soit sur la base des droits de la personne, de la responsabilité civile, ou d'autres fondements juridiques, les tribunaux semblent en effet désormais enclins à considérer que les entreprises et les États sont tenus de faire preuve d'un certain niveau d'ambition dans leurs efforts de lutte contre les changements climatiques. Or, tout le problème avec cette approche consiste à savoir comment fixer ce seuil (sur quels critères et quelles données se fonder ?) en dessous duquel des efforts d'atténuation deviendraient illégaux. Certes, il existe bien de nombreux rapports qui définissent ce que devrait être la trajectoire *globale* des émissions de GES, dont ceux du GIEC. Mais précisément, il s'agit de données *globales* dont l'utilisation pour l'appréciation de la légalité de comportements individuels peut être discutée, surtout dans le cas des recours fondés sur les droits de la personne qui nécessitent la preuve d'un lien de causalité entre un acte de l'État et l'atteinte à un droit dont une personne est titulaire (Zahar, 2020), ou de la diligence due, qui nécessitent d'apprécier un comportement au regard du standard de la personne raisonnable (Mayer, 2022). Tant en ce qui concerne les procès contre les États que les entreprises, la définition d'un seuil de légalité du niveau d'ambition des efforts d'atténuation que doivent déployer ces acteurs semble donc encore se heurter à des difficultés sur le plan de la méthode et du raisonnement juridique (Mayer, 2022, p. 418. Au sujet de l'affaire *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell*, l'auteur note que « As in the *Urgenda* judgement, the Court struggles with the task of assessing an entity's requisite mitigation action ».).

## CONCLUSION

**[358]** Le droit des changements climatiques applicable à l'entreprise et à l'État est intimement lié : il partage une finalité commune et celui applicable à l'entreprise représente souvent un moyen de donner effet à celui applicable à l'État. Cependant, comme a cherché à le mettre en lumière cette brève contribution, il est aussi possible d'observer au-delà de ces éléments une certaine convergence entre les dynamiques qui sous-tendent actuellement le développement de ces deux formes de droit. Or,

233 Conformément à l'article L.225-102- 4 I du *Code de commerce* français, l'entreprise Total est tenue d'établir et de mettre en œuvre « de manière effective » un plan de vigilance qui doit notamment comporter « des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle ». Sur cette affaire, voir notamment : D'Ambrosio, 2022.

compte tenu de l'essor continu et rapide du droit des changements climatiques – qui tend en conséquence à se fragmenter en droits spéciaux et en sous-spécialités – l'observation de cette convergence est riche d'enseignement. En effet, elle suggère que le droit des changements climatiques reste encore, en dépit de la variété de ses destinataires, marqué par une forme d'unité.

**[359]** Avec ce constat, une interrogation apparaît alors : quelle place accorder à l'existence de cette forme d'unité dans le discours sur le droit des changements climatiques ? Doit-elle être mise de l'avant ou au contraire minimisée, voire passée sous silence ? Certes, présenter le droit des changements climatiques applicable à l'entreprise et à l'État comme des droits traversés par des forces communes peut aider à ce que des arguments favorables à la cause climatique ayant porté fruit dans un domaine se révèlent également efficaces dans l'autre. Mais la circulation des idées et le mimétisme des arguments est à double sens. Concevoir les deux droits comme étant distincts peut donc aussi être un moyen d'empêcher que les revers et les raisonnements contre l'avancement de l'action climatique puissent se propager à l'ensemble du droit des changements climatiques. Unité ou étanchéité ? Ici comme ailleurs, la façon dont s'articule le discours sur le droit n'est pas neutre.

## BIBLIOGRAPHIE


ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Protection du climat pour les générations présentes et futures*, A/RES/43/53.

BLIN-FRANCHOMME, M.-P., « Quel rôle pour l'entreprise après l'Accord de Paris ? », (2017) spécial-HS17 *Revue juridique de l'environnement* 119-133.

BUTLER, D., C. MOONEY et J. EILPERIN, « Countries' climate pledges built on flawed data, Post investigation finds », *Washington Post*, 2021, en ligne : <https://www.washingtonpost.com/climate-environment/interactive/2021/greenhouse-gas-emissions-pledges-data/>.

CARTER, L., *The Ecosystem of Private Investment in Climate Action, United Nations Development Programme*, 2020, en ligne : <https://sdgfinance.undp.org/sites/default/files/undp-invest4climate%2520document%25202%2520%2520web%20%281%29.pdf>.

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Observation générale n° 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatifs aux droit économiques, sociaux et culturel dans le contexte des activités des entreprises*, 2017.

D'AMBROSIO, L., « Face à l'urgence écologique : les promesses de la corporate due diligence », (2022) *Revue juridique de l'environnement* 203-223.

Décision 18/CMA.1, *Modalités, procédures et lignes directrices aux fins du cadre de transparence des mesures et de l'appui visé à l'article 13 de l'Accord de Paris*, FCCCP/PA/CMA/2018/3/Add.2, 19 mars 2019.

DISTRICT COURT OF THE HAGUE, *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell PLC* (26 Mai 2021), C/09/571932 HA ZA 19-379.

ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE CANADA, « Plan de réduction des émissions pour 2030 : Un air pur, et une économie forte », 2022, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/services/environnement/meteo/changementsclimatiques/plan-climatique/survol-plan-climatique/reduction-emissions-2030.html>.

EPSTEIN, A.-S., « Les objectifs climatiques publiés par les entreprises, nouvel Eldorado de la régulation par l'information », dans *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1,5 »*, Paris, Pedone, 2021, p. 298.

GOUVERNEMENT DU CANADA, « La Gazette du Canada, Partie I, volume 155, numéro 51 : Avis concernant la déclaration des gaz à effet de serre (GES) pour 2021 », 18 décembre 2021, en ligne : <https://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2021/2021-12-18/html/sup2-fra.html>.

*The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report 2017*, 2017, en ligne : <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1501833772>.

GROUPE D'EXPERTS INTERGOUVERNEMENTAL SUR L'ÉVOLUTION DU CLIMAT (GIEC), *Lignes directrices pour les inventaires nationaux de gaz à effet de serre*, 2006, en ligne : <https://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/2006gl/french/index.html>.



HART, C. A., *Climate Change and the Private Sector: Scaling Up Private Sector Response to Climate Change*, First issued in paperback, coll. Routledge explorations in environmental economics, n°40, London New York, Routledge, 2016.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change. Summary for Policymakers*, 2022.

KREIBICH, N. et L. HERMWILLE, « Caught in between : credibility and feasibility of the voluntary carbon market post-2020 », (2021) 7 *Climate Policy* 950.

MAYER, B., « The Duty of Care of Fossil-Fuel Producers for Climate Change Mitigation : *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell District Court of The Hague (The Netherlands)* », (2022) 11-2 *Transnational Environmental Law* 407-418.

———, « Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties? », (2021) 115-3 *American Journal of International Law* 409-451.

———, « Transparency Under the Paris Rulebook : Is the Transparency Framework Truly Enhanced? », (2019) 9 *Climate Law* 40-64.

MISHRA, S., « Transparency Paves the Road to Net Zero », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2022, en ligne : <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/ 05/30/transparency-paves-the-road-to-net-zero/>.

NEW CLIMATE INSTITUTE, *The Business End of Climate Change*, 2016, en ligne : <https://static1.squarespace.com/static/575ecca7b654f9dd886dec23/t/576c39fdd2b857d28be73608/1466710526653/The+Business+End+of+Climate+Change.pdf>.

NOTRE AFFAIRE À TOUS ET AL., *Assignation devant le tribunal judiciaire de Nanterre*, 2020, en ligne : <http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200128_NA_complaint.pdf

PATTBERG, P., « The Emergence of Carbon Disclosure : Exploring the Role of Governance Entrepreneurs », (2017) 35-8 *Environment and Planning C : Politics and Space* 1437-1455.

PELLET, A., « Avant-propos », dans *La Lex Sportiva. Recherche sur le droit transnational*, F. LATTY, Martinus Nijhoff, Boston, 2007.

SARRA, J., « Duty to Protect : Corporate Directors and Climate-Related Financial Risk », *C.D. Howe Institute*, 2021, en ligne : <<https://www.cdhowe.org/sites/default/files/ attachments/research_papers/mixed/e-brief_310.pdf>>.

TABAU, A.-S., « Évaluation de l'Accord de Paris sur le climat à l'aune d'une norme globale de transparence », (2016) 41 *Revue juridique de l'environnement* 58.

TALBOT, D. et O. BOIRAL, « Can we Trust Corporates Ghg Inventories ? An Investigation Among Canada's Large Final Emitters », (2013) 63 *Energy Policy* 1075-1085.

TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017, en ligne : <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/FINAL-2017-TCFD-Report.pdf>.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *Human Rights, Climate change and Business*, en ligne : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Climate Change/materials/KMBusiness.pdf>.

*Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, [2015] HAZA C/09/00456689.

WEIKMANS, R., VAN ASSELT, H. et ROBERTS, T., « Transparency requirements under the Paris Agreement and their (un)likely impact on strengthening the ambition of nationally determined contributions (NDCs) », (2020) 20-4 *Climate Policy* 1-16.

ZAHAR, A. *Human Rights Law Cannot Advance Climate Change Mitigation*, SSRN Scholarly Paper, 13 décembre 2020, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747893>.

# LE CLIMAT ET LE DROIT FRANÇAIS DES SOCIÉTÉS : UNE QUESTION D'ENGAGEMENT(S) ?





Matthieu ZOLOMIAN[234]

234 Maître de conférences, Université d'Angers (France).

## RÉSUMÉ

La question environnementale n'était pas, initialement, une thématique sur laquelle devaient s'impliquer les sociétés. Pour autant, l'urgence climatique et la modification des mentalités quant au rôle que pourraient jouer les sociétés commerciales conduit à ce qu'elles prennent en considération la question environnementale. Initialement simple possibilité, les modifications récentes du droit des sociétés en France ont abouti à ce que les sociétés commerciales doivent s'engager, aux côtés de l'État et de la société *lato sensu*, dans la lutte contre le réchauffement climatique et pour la préservation de l'environnement. Ainsi, en dépit des textes de droit commun imposant des obligations environnementales peu applicables aux sociétés commerciales, celles-ci font de plus en plus l'objet de textes spéciaux leur imposant de prendre en compte la thématique environnementale et climatique dans leur politique, et d'en présenter les résultats. Pour autant, le droit positif présente quelques imperfections qui ont vocation à être complétées par des projets unioniste et professionnels. Des propositions de directive concernant la diffusion d'informations en matière de durabilité et imposant un devoir de vigilance en matière européenne vont resserrer l'étau sur certaines sociétés en matière climatique. En outre, un rapport publié par Paris Europlace recommande aux assureurs, établissements de crédits et autres gérants de fonds de mieux prendre en compte la question climatique dans leurs actions afin de respecter les objectifs de l'Accord de Paris de 2015.

## INTRODUCTION

**[360] Le climat, une préoccupation uniquement étatique ?** Le changement climatique n'est pas une préoccupation apparue ces dernières années à la suite des épisodes de canicule, de feux de forêts, de sécheresse ou encore de fonte glaciaire. En effet, il est possible de trouver le constat d'un changement climatique dès 1965, dans un rapport présenté au Président des États-Unis. Il est ainsi affirmé que : « By the year 2000 there will be about 25 % more CO2 in our atmosphere than at present. This will modify the heat balance of the atmosphere to such an extent that marked changes in climate, not controllable though local or even national efforts, could occur » (Hornig (dir.), 1965, p. 9). Si le constat s'avère implacable et la prévision devenue réalité, force est de constater que peu de choses ont été mises en place pour lutter contre les effets néfastes de l'activité humaine sur l'environnement. Preuve en est donnée avec les propos d'un Président de la République française lors du Sommet mondial sur le développement durable de Johannesburg : « notre maison brûle, et nous regardons ailleurs » (Chirac, 2002).

**[361]** Depuis le sommet de Johannesburg de 2002, les consciences ont peut-être changé, – pour la majorité à tout le moins – et les États entendent s'engager plus et mieux. L'accord signé lors de la Conférence de Paris de 2015 sur les changements climatiques (Accord de Paris) a été adopté avec notamment pour objectif de « [contenir] l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et [poursuivre] l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels ». Pour ce faire, les États signataires devraient « [rendre] les flux financiers compatibles avec un profil d'évolution vers un développement à faible émission de gaz à effet de serre et résilient aux changements climatiques » (Nations Unies, 2015, p. 3).



**[362]** Ce dernier objectif de l'Accord de Paris démontre bien que la lutte contre le changement climatique n'est plus qu'une question étatique, mais qu'elle implique aussi tous les acteurs, au premier rang desquels figurent les sociétés commerciales.

**[363] Les condamnations climatiques, un monopole étatique ?** Pour autant, si des condamnations pour inaction climatique ont été prononcées, elles ont visé l'État et non les entreprises. C'est le cas aux Pays-Bas dans l'arrêt *Urgenda* le 20 décembre 2019, par lequel la Cour suprême condamne l'État néerlandais pour non-respect d'un « zorgplicht » (principe de vigilance) en matière environnementale (Misonne, 2020, p. 208). Les Pays-Bas sont ainsi judiciairement contraints de s'engager à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre à hauteur d'au moins 25 %. Deux ans plus tard, un jugement du tribunal administratif de Paris rendu le 3 février 2021 retient la responsabilité de la France pour inaction climatique (Leray et Monteillet, 2021, p. 1004).

**[364]** En revanche, pour les sociétés, les condamnations sont rares, voire inexistantes. Il est possible de mentionner un autre arrêt rendu par une juridiction néerlandaise, *Milieudefensie* contre *Shell*. Dans cet arrêt du 26 mai 2021, la Cour de district de La Haye ordonne à la société pétrolière de réduire de 45 % ses émissions de carbone d'ici à 2030 (Ilcheva, 2021, p. 1968). Mais au-delà de cette décision, il est difficile de trouver des condamnations prononcées à l'encontre de sociétés du fait des conséquences de leurs actions sur le climat, et la France ne fait pas exception. Il est aisé d'expliquer ce

constat : si la responsabilité pour inaction climatique existe dans le droit positif, aucun texte de droit spécial propre aux sociétés commerciales ne permet de la consacrer, voire de l'atteindre.

**[365] Plan.** Dès lors, plutôt que de favoriser la responsabilité des sociétés commerciales, le droit positif vise plutôt leur engagement afin qu'elles puissent modifier leurs comportements et donc leurs conséquences sur l'environnement et le climat (1.). Les réformes actuellement en discussion, notamment devant le Parlement européen, ou qui pourraient intervenir par la suite semblent, dans un second temps, renforcer cette incitation à un plus grand engagement (2.).

## 1. LE DROIT POSITIF : ENGAGEZ-VOUS

**[366]** En fait de responsabilité climatique à l'égard des sociétés commerciales, les textes de droit commun, parce qu'ils ne leur sont par définition pas adaptés, aboutissent d'une part à des résultats peu contraignants (1.1). La responsabilité climatique des sociétés commerciales est alors peu envisageable. C'est alors, d'autre part, que des textes de droit spécial ont opté pour une autre approche, privilégiant l'engagement, méthode par laquelle les sociétés sont incitées à faire preuve d'une volonté d'améliorer les conséquences climatiques de leurs actions (1.2).

### 1.1 UN DROIT COMMUN PEU ADAPTÉ

**[367] Des textes de droit commun imparfaitement applicables aux sociétés.** Les textes de droit commun pouvant servir de fondement à l'action en responsabilité pour inaction climatique ne sont que peu applicables aux sociétés, soit parce qu'ils leur sont inapplicables, soit parce qu'ils ne sont pas adaptés.

**[368] La *Charte de l'environnement* grandement inapplicable.** D'abord, le premier texte venant à l'esprit est la *Charte de l'environnement*, ayant intégré le bloc de constitutionnalité, dont l'article 3 dispose : « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». La lettre du texte semble claire, la lutte contre les dommages causés à l'environnement, et donc contre le réchauffement climatique par ricochet, est l'affaire de tous.

**[369]** Mais, à bien y regarder, une faiblesse réside dans ce texte, car son application est bien plus réduite que la formule le laisserait penser. Son intégration dans le champ constitutionnel opère un transfert de responsabilité des personnes privées – parmi lesquelles les sociétés commerciales – vers les personnes publiques, seules débitrices d'obligations constitutionnelles. Ainsi que l'exprimait un commentateur de ce texte, « ce dispositif est finalement très commode pour les personnes privées et, notamment, les agents économiques qui voient leur responsabilité couverte (tout au moins pour une large part) par celle de l'administration et sont présumés "prévenir" le risque environnemental dès lors qu'ils respectent la réglementation » (Jégouzo, 2005, p. 1164).

**[370]** Une société commerciale qui, par son action, contribuerait effectivement au réchauffement climatique ne pourrait donc pas voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la *Charte de l'environnement*. En revanche, et pour ces mêmes faits, l'État pourrait engager sa responsabilité parce qu'il aura manqué à son obligation de prévention, n'étant pas parvenu à faire cesser ou à limiter l'action climatique néfaste d'un de ses ressortissants. Si la Constitution est donc inefficace pour engager la responsabilité climatique des sociétés, il convient de vérifier si la « véritable constitution de la France », le *Code civil*, permet d'aboutir à ce résultat (Carbonnier, 1986, p. 309).

**[371] La responsabilité environnementale – et donc climatique ? – du *Code civil*.** Le *Code civil* pose, à l'article 1246, un principe de responsabilité environnementale aux termes duquel « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». Ce préjudice écologique est aussi défini par le *Code civil* à l'article suivant comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Une société qui ne ferait rien pour réduire ses émissions de gaz à effet de serre, et qui donc serait inactive dans la lutte contre le réchauffement climatique, pourrait donc, en théorie, engager sa responsabilité civile délictuelle sur ce fondement. Pour autant, deux interrogations apparaissent sur les réelles chances de succès d'une telle action en responsabilité.

**[372]** D'abord, un doute existe quant à la possibilité d'intégrer le climat dans le périmètre du préjudice écologique (Gali, 2021, p. 709), cette question étant « largement inexplorée » (Torre-Schaub, 2021, par. 28). En effet, l'écosystème, « ensemble formé par une communauté d'êtres vivants, animaux et végétaux, et par le milieu dans lequel ils vivent » selon le *Dictionnaire de l'Académie Française*, ne comprend pas le climat dans ses éléments. L'atteinte au climat ne serait donc pas une atteinte non négligeable aux éléments des écosystèmes, et ne constituerait donc pas un préjudice écologique.

**[373]** Pour autant, il serait possible de considérer l'atmosphère comme un écosystème à part entière, et dans une telle hypothèse, l'atteinte au climat serait bien une atteinte aux fonctions de cet écosystème, aboutissant à la caractérisation d'un préjudice écologique. Ce préjudice, qualifié de global (Torre-Schaub, 2021, par. 10), a été retenu par le Tribunal administratif de Paris dans son jugement du 3 février 2021. Une telle conception du préjudice écologique pourrait alors ouvrir la voie à une action en responsabilité écologique, pour autant que les autres conditions de la responsabilité délictuelle soient réunies.

**[374]** Ensuite, un second élément, propre aux conditions de la responsabilité civile en matière de réchauffement climatique, pourrait venir à manquer et donc annihiler toute chance de succès d'une action : le lien de causalité. Élément exigé par le *Code civil*, un lien de causalité doit être identifié entre la faute commise et le préjudice subi. Or, en matière climatique, le lien de causalité peut ne pas être celui de la causalité adéquate – conception selon laquelle seule la cause prépondérante devrait être retenue comme fait générateur de responsabilité – en raison de la multiplicité des faits générateurs. De par cette multiplicité des faits générateurs, l'action en responsabilité climatique à l'encontre d'une société commerciale pourrait ne pas aboutir, sauf à retenir une conception éthérée du lien de causalité.

**[375]** Si un lien de causalité a effectivement été retenu par le Tribunal administratif de Paris (Gali, 2021, p. 711), ouvrant la voie à la responsabilité climatique de l'État, ne serait-il pas envisageable que les juridictions judiciaires fassent preuve d'une plus grande orthodoxie si une personne privée était poursuivie sur ce fondement ? Il serait alors peu probable que des sociétés commerciales voient leur responsabilité engagée sur ce fondement.

**[376]** Le droit commun prévoit donc des mécanismes ouvrant la voie à une responsabilité climatique. Pour autant, ces textes deviennent difficilement applicables aux sociétés commerciales. Il revient alors au droit spécial, propre aux sociétés commerciales, de les inciter à lutter contre le réchauffement climatique.

### 1.2 UN DROIT SPÉCIAL ENGAGEANT MAIS PEU CONTRAIGNANT

**[377]** Le droit propre aux sociétés commerciales prévoit quelques obligations en matière environnementale et climatique. Comme souvent en droit des sociétés français, les textes sont épars et visent tantôt toutes les sociétés, tantôt certaines sociétés particulières, les sociétés par actions. Une tendance est toutefois commune car les normes sont assez peu contraignantes pour les sociétés.

**[378] Un Code civil peu aliénant pour les sociétés.** Certains textes du *Code civil* imposent d'abord à toutes les sociétés d'être gérées « dans leur intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leur activité ». L'environnement, et donc le climat, doit être pris en considération par les dirigeants dans la conduite des affaires sociales. Une lecture rapide de ce texte pourrait laisser croire à un texte impliquant une responsabilité à l'égard des sociétés peu impliquées dans la lutte contre le réchauffement climatique. Ce n'est toutefois pas le cas, car si l'article 1833 du *Code civil* instaure un nouveau cas de responsabilité civile, celui-ci est à l'égard des dirigeants et non pas de la société (Tadros, 2018, par. 15). Une éventuelle inaction climatique ne pourrait donc pas aboutir à la responsabilité civile de la société, mais de celle de ses dirigeants, qui n'auraient pas agi dans l'intérêt social, considéré comme comprenant le climat et l'environnement. Autre grande innovation de la loi Pacte du 22 mai 2019, la raison d'être, permettrait aussi d'impliquer les sociétés dans la lutte contre le réchauffement climatique. « Constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité », selon l'article 1835 du *Code civil*, la raison d'être permettrait d'inclure dans les statuts d'une société les engagements climatiques. Toutefois, la portée de ces engagements différera selon leur rédaction : contraignants s'ils sont rédigés avec ambition et précision, purement indicatifs si la rédaction est vaporeuse ou floue (Viandier, 2019, par. 52-53).

**[379] Un *Code de commerce* favorisant l'information et la consultation des actionnaires.** Le *Code de commerce*, et spécifiquement ses dispositions concernant les sociétés par actions, prévoit des mécanismes incitant les sociétés commerciales à plus d'engagement en matière climatique. Toutefois, en cette matière, s'engager ne suffit pas en soi, il est nécessaire de le prouver et donc le faire savoir. Le *Code de commerce* pose ainsi des obligations d'information à la charge de certaines sociétés par actions. En outre, et au-delà de la simple information, le *Code de commerce* prévoit des modalités de consultation des actionnaires, leur conférant la faculté de se

prononcer dans le cadre de l'assemblée générale. Celle-ci peut alors devenir un organe essentiel à l'engagement environnemental des sociétés.

**[380]** D'abord, l'article L. 225-102-1 du *Code de commerce* impose aux sociétés anonymes de publier une déclaration de performance extra-financière, dès lors que le total de bilan ou le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros, et le nombre de salariés supérieur à 500 (article R. 225-104 C. com.). Le droit français donne une indication sur le contenu de cette déclaration de performance extra-financière qui, parmi de très nombreux items (Cuzacq, 2018, par. 30), doit mentionner les « informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ». À cet effet, les sociétés anonymes doivent diffuser certaines informations purement climatiques, mentionnées à l'article R. 225-105 du *Code de commerce*, telles « les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit », « les mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique » ou encore « les objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet ».

**[381]** Dans le même ordre d'idées, une autre mesure d'information faisant montre de la volonté de la société de s'engager contre le réchauffement climatique se trouve être le plan de vigilance introduit par la loi du 27 mars 2017. Les sociétés par actions employant, « à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger » (article L. 225-104-2 I C. com.) sont tenues de mettre en place un plan de vigilance visant à prévenir les risques causés par leur activité et celles de leurs filiales et sous-traitants sur l'environnement. En conséquence, le plan de vigilance pourrait comporter des mesures relatives au climat, notamment celles relatives à l'émission de gaz à effet de serre. C'est en retenant une telle conception du contenu du plan de vigilance qu'une des premières actions en justice sur le fondement de la loi vigilance de 2017, une société cotée française s'étant vue reprocher le fait de ne pas avoir été suffisamment précise quant aux mesures de réduction d'émission de gaz à effet de serre (Hautereau-Boutonnet, 2020, p. 609).

**[382]** L'idée de ces législations est assurément d'inciter le changement dans les politiques sociales par la publicité : pour éviter d'éventuels coûts de scandale créés par la communication de données désastreuses, une société anonyme devant publier ces informations devrait s'engager à améliorer sa politique et donc sa communication année après année. Selon cette conception, c'est par la transparence que l'amélioration de la politique climatique s'opérerait.

**[383] Le vote des actionnaires.** Ces informations, communiquées aux actionnaires comme aux investisseurs dans les sociétés cotées, peuvent ensuite donner lieu à un vote des actionnaires. Plutôt que de voter en bloc sur le rapport annuel, le conseil d'administration – ou les actionnaires s'ils en font la demande en respectant les conditions de l'article L. 225-105 du *Code de commerce* – peut inscrire à l'ordre du jour

une résolution spécifique sur la politique climatique de la société. Calqué sur le *Say on Pay*, ce *Say on Climate* a fait son apparition il y a peu au sein des assemblées générales en France, et offre aux actionnaires la possibilité de se prononcer sur la politique de la société et ses conséquences sur le climat. Il doit toutefois être précisé que si vote des actionnaires il y a, celui-ci n'est doté d'aucune force contraignante. En d'autres termes, si les actionnaires devaient se prononcer contre la résolution proposée, un tel vote serait sans aucune conséquence pour la société. Les organes de direction devraient, bien évidemment, en tenir compte, sans que cela n'engage plus encore la société…

**[384]** Cette pratique du *Say on Climate* est dernièrement apparue dans l'actualité, alors qu'un groupe d'actionnaires activistes demandait au conseil d'administration d'une société cotée française d'inscrire à l'ordre du jour une résolution impliquant la stratégie climatique. Devant le refus du conseil d'administration de se conformer à cette demande, aux motifs que seul le conseil d'administration est habilité à traiter des questions stratégiques, ces actionnaires se sont tournés vers l'Autorité des marchés financiers pour que celle-ci contraigne la société à inscrire la résolution à l'ordre du jour. Le régulateur boursier, sans avoir publié sa position, rejette la demande d'injonction en se déclarant incompétent (Benhamou, 2022), ce qui n'est pourtant pas si évident à la lecture des textes applicables à l'Autorité des marchés financiers (Tehrani, 2022, p. 78). Cette controverse a toutefois fait apparaître un point d'accord entre toutes les parties – actionnaires activistes, Autorité des marchés financiers et doctrine –, une réforme est nécessaire afin de mieux encadrer le *Say on Climate*.



## 2. LE DROIT PROSPECTIF : RENGAGEZ-VOUS

**[385]** Dans un second temps, le droit prospectif applicable aux sociétés par actions constate lui aussi que le changement des mentalités ne peut efficacement s'opérer par des contraintes, mais plutôt par de nouveaux engagements. C'est en effet la voie explorée par l'Union européenne, qui par ses diverses propositions de directive, vise la démocratisation de l'information environnementale (2.1). Au-delà de ces futurs textes d'application générale, un rapport de Paris Europlace rendu au ministre de l'Économie français s'intéresse plus particulièrement aux acteurs financiers – établissements de crédits, assureurs et gérants de fonds – afin que ceux-ci jouent aussi un rôle dans la lutte contre le réchauffement climatique (2.2).

### 2.1 LES FUTURES INNOVATIONS EUROPÉENNES

**[384] Un Pacte vert européen fondement des futures réglementations européennes.** En 2019, l'Union européenne s'est engagée dans un Pacte vert à établir une feuille de route afin de rendre l'Europe neutre sur le plan climatique à l'horizon 2050. Il y a là une volonté ferme d'opérer un changement radical de méthode qui se retrouve dans le vocable anglais de ce Pacte, le *Green Deal* devant redresser la politique écologique européenne étant assurément inspiré du *New Deal* ayant redressé la politique économique étasunienne. Ce faisant, deux propositions de directives reposent toutes deux sur une plus grande diffusion d'informations environnementales par certaines sociétés. Comme précédemment en droit français, qui a peut-être été une

source d'inspiration, c'est la transparence qui aboutirait à la lutte contre le réchauffement climatique.

**[385] La directive relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.** Le premier texte est la directive portant sur la publication d'informations relatives au développement durable des entreprises (*Corporate Sustainability Reporting Directive*, ci-après « CSRD »), en date du 16 décembre 2022. Cette directive soumet environ 50 000 sociétés à plusieurs obligations environnementales (Muller, 2022, p. 58), contre seulement 11 000 environ aujourd'hui. Ce texte a un champ d'application bien plus étendu que les directives préexistantes en ce qu'il contraint toutes les sociétés cotées, quelle que soit leur taille, ainsi que les grandes entreprises non cotées à diffuser des informations non financières (Muller, 2022, p. 58). Parmi ces informations non financières, on peut retrouver celles relatives à l'établissement d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre ou encore celles dressant « une brève description du modèle et de la stratégie économiques de l'entreprise, indiquant notamment le degré de résilience du modèle et de la stratégie économiques de l'entreprise face aux risques liés aux questions de durabilité ou encore les plans définis par l'entreprise pour garantir la compatibilité de son modèle et de sa stratégie économiques avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C conformément à l'Accord de Paris » (Zolomian, 2022). Une nouvelle fois donc, il est exigé des sociétés par actions une meilleure information en matière climatique, tant quantitativement que qualitativement. À cet effet, la directive prévoit une certification de cette information par un auditeur indépendant et qualifié (Lecourt, 2021, p. 663).



**[386]** Ce texte, applicable à compter de 2024, exige donc des sociétés qui y sont soumises de mesurer leur impact sur le réchauffement climatique et le diffuser. Les critères ESG sont développés dans cette directive qui vise donc une plus grande responsabilisation des entreprises, par leur engagement à diffuser la meilleure information climatique possible. La sanction de la non publication n'est toutefois pas évoquée par la directive, qui renvoie donc aux droits nationaux.

**[387] La proposition de directive sur le devoir de vigilance.** Le second texte du droit de l'Union européenne à évoquer est la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, adoptée par la commission le 23 février 2022. Cette proposition entend favoriser un comportement durable et responsable des entreprises dans leur chaîne de valeur. Elles sont ainsi tenues de recenser et de prévenir, voire de faire cesser le cas échéant, les incidences négatives de leur activité sur l'environnement. Contrairement à la loi vigilance française du 27 mars 2017, deux catégories de sociétés sont visées. La première, qui regroupe les sociétés à risque limité de l'UE ayant plus de 500 salariés et un chiffre d'affaires supérieur à 150 millions d'euros, qui devront notamment mettre en place un plan permettant de garantir que leur stratégie commerciale est compatible avec la limitation du réchauffement climatique à 1,5° C, conformément à l'Accord de Paris (Lecourt, 2022, p. 313).

**[388]** Les sociétés appartenant seconde catégorie, qui concerne quant à elle les autres sociétés à risque limité exerçant leurs activités dans des secteurs sensibles et

emploient plus de 250 salariés et réalisent un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euros, bénéficient d'un sursis de deux ans dans l'application de la directive. Il y aurait là un accroissement notable du champ d'application du devoir de vigilance par rapport au droit français, 17 000 sociétés pouvant être concernées à terme sur le territoire de l'Union européenne, contre environ 300 actuellement selon la législation nationale (Lecourt, 2022, p. 310).

**[389]** Le non-respect de ce devoir de vigilance pourrait aboutir, contrairement au droit français une nouvelle fois, à des amendes prononcées par une autorité administrative chargée de contrôler le respect de ces plans. Cette première sanction n'est toutefois pas exclusive d'une action en responsabilité civile, qui serait envisageable pour les victimes de dommages qui auraient pu être évités grâce aux mesures de vigilance qui auraient dû être prises, à la condition de caractériser les éléments de la responsabilité civile extracontractuelle (Schlumberger, 2022, par. 6-7).

**[390]** Le droit de l'UE considère ainsi que les entreprises sont des acteurs de la lutte contre le réchauffement climatique, sans faire de différence spécifique selon leur secteur d'activité dans lequel elles interviennent. Le mouvement de l'Union européenne est assez clair et commun à plusieurs États membres : c'est par une plus grande transparence que les sociétés s'engageront à avoir une meilleure politique climatique. Le droit français, peut-être précurseur en la matière et donc plus avancé, envisage déjà l'étape ultérieure et vise une régulation sectorielle concernant un secteur particulier : la finance.

### 2.2 VERS UNE IMPLICATION DU SECTEUR FINANCIER



**[391] Une volonté issue de l'Accord de Paris.** Depuis 2019, le ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance a pour objectif le verdissement de l'économie et de la finance française. Un rapport a alors été commandé le 19 novembre 2021 à un groupe de travail réuni autour de Yves Perrier, vice-président de Paris-Europlace, afin de définir une trajectoire pour les acteurs de la Place de Paris, regroupant les assureurs, les banques et les gérants de fonds. Il conviendrait d'aligner leurs actions sur les objectifs définis par l'Accord de Paris, car la transition écologique et climatique des sociétés ne pourrait s'opérer que si le secteur financier accompagne la transformation nécessaire en leur allouant les capitaux, voire en influençant les stratégies de décarbonation. En cela, la lettre de mission de ce rapport s'inscrit dans le cadre de l'Accord de Paris, insistant sur l'implication de tous les acteurs dans la lutte contre le réchauffement climatique.

**[392] Des recommandations techniques.** Le Rapport Perrier formule 22 recommandations visant à améliorer les pratiques des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et de gérants de fonds, regroupées en « chantiers », démontrant en creux qu'il s'agit là d'objectifs pouvant – et si possible devant – être atteints à terme. Ces opérateurs devraient ainsi instaurer, dans un premier chantier, une comptabilité carbone notamment en utilisant la taxonomie européenne relative aux investissements verts, ou encore promouvoir de nouvelles pratiques de gouvernance et de gestion de l'externalité carbone. Les institutions financières devraient ainsi définir une meilleure intégration des données carbone dans les portefeuilles de crédit ou d'investissement, dans une optique de verdissement de la finance.

**[393]** Un autre chantier recommandé par le Rapport Perrier est une révision et une consolidation des méthodologies d'analyse d'investissement. Les acteurs financiers devraient ainsi définir des indices climat dans les arbitrages d'investissement ou encore « formaliser une exigence systématique » d'un *Say on Climate* au sein des sociétés recevant l'investissement. C'est sans doute là un point important de ce rapport, en ce que les opérateurs financiers pourraient aboutir à une modification des pratiques au sein des sociétés cotées.

**[394]** En outre, un chantier est ouvert quant à la gouvernance de ces institutions financières, qui doivent identifier et promouvoir de nouvelles pratiques. Parmi celles-ci, le groupe de travail envisage d'impliquer les conseils d'administration dans la validation des stratégies carbone, et leur recommande de mettre en place des budgets carbone ou encore d'intégrer la performance carbone dans les modes de rémunération. On note alors que la performance carbone peut servir à la fois de variable d'ajustement et de mécanisme d'incitation dans l'établissement de la rémunération managériale : ajustement car un défaut d'engagement climatique pourrait aboutir à de plus faibles rémunérations, ce qui constitue en conséquence une incitation pour les dirigeants à ce que la société ait de meilleures performances climatiques. Il est alors possible de se ranger à un avis d'un auteur, qui note que la rentabilité s'associe désormais à la responsabilité sociale des entreprises (Parachkevova-Racine, 2022).

**[395]** De même, il serait recommandé de former les administrateurs de ces institutions financières aux enjeux climat, afin que ceux-ci prennent leurs décisions en toute connaissance de cause. *In fine*, le rapport Perrier recommande de définir un scénario de sortie des énergies fossiles à horizon 2025, 2030 et 2050 au niveau sectoriel, ainsi qu'établir des stratégies de sortie des énergies fossiles au niveau de chaque institution financière.



**[396] Des recommandations peu contraignantes.** Les recommandations formulées dans ce rapport, bien que favorisant l'implication climatique des acteurs du secteur financier, ne sont que peu contraignantes. Issues d'un texte purement professionnel rédigé par les acteurs de la profession, ces recommandations ne pourraient acquérir force normative que par leur traduction dans un texte législatif. À défaut, ce rapport ne peut être considéré que comme un texte de *soft law*, dont l'application des recommandations est purement volontaire, et la violation des termes ne serait pas sanctionnée juridiquement. En matière financière, comme dans les autres évoquées précédemment, l'évolution effective ne pourra intervenir que si le législateur se saisit de la question, ce qui n'est pas immédiatement envisageable, le rapport n'ayant que quelques mois d'existence, et donc peu de temps pour constater son application volontaire ou son inapplication.

## CONCLUSION

**[397]** Le droit applicable aux sociétés par actions privilégie en conséquence l'information pour permettre aux sociétés de lutter contre le réchauffement climatique. Si la démarche est positive en ce qu'elle peut impliquer un engagement et donc une prise de conscience, il doit être aussi souligné qu'informer ne signifie pas nécessairement agir. Il est évident que si les premières informations climatiques fournies par une société sont désastreuses, celles-ci seront suivies d'une réaction, pour démontrer une

amélioration de la politique sociale sur cet aspect. Cependant, si les premières données climatiques sont jugées satisfaisantes – et il serait possible de s'interroger sur l'identité de la personne satisfaite : l'émetteur, les actionnaires, les investisseurs, la société civile ? – il pourra être considéré qu'une action est inutile. Or, *un statu quo* n'est plus une solution satisfaisante, car comme mentionné précédemment, « notre maison brûle », mais il n'est plus envisageable de regarder ailleurs.

## BIBLIOGRAPHIE


BEN MESSAOUD, Y., « La raison d'être : décryptage d'une innovation en droit des sociétés — Regard français », (2021) 62-3 *Les Cahiers de droit* 693-730.

BENHAMOU, E., « Climat : l'AMF plaide en faveur d'un nouveau cadre législatif pour les résolutions en AG », *La Tribune*, sect. Energie & Environnement, 18 mai 2022, en ligne : <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/energie-environnement/climat-l-amf-plaide-en-faveur-d-un-nouveau-cadre-legislatif-pour-les-resolutions-en-ag-918375.html>.

CARBONNIER, J., « Le Code civil », dans *Les lieux de mémoire, Tome 2 – La Nation*, Paris, Gallimard, 1986, p. 293-315.

CHIRAC, J., « Déclaration de M. Jacques Chirac, Président de la République, sur la situation critique de l'environnement planétaire et les propositions de la France pour un développement durable, Johannesburg le 2 septembre 2002. », *elysee.fr*, sect. Discours, 2 septembre 2002, en ligne : <https://www.elysee.fr/jacques-chirac/2002/09/02/declaration-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-la-situation-critique-de-lenvironnement-planetaire-et-les-propositions-de-la-france-pour-un-developpement-durable-johannesburg-le-2-septembre-2002>.

CUZACQ, N., « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », (2018) *Revue des Sociétés* 347-356.

GALI, H., « Le préjudice et l'environnement », (20121) *D.* 709-715.

HAUTEREAU-BOUTONNET, M., « Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? », (2020) *D.* 609-610.

HORNIG, D. F., *Restoring the Quality of Our Environment – Report of The Environmental Pollution Panel President's Science Advisory Committee*, Washington, The White House, 1965, en ligne : <https://legacy-assets.eenews.net/open_files/assets/2019/01/11/document_cw_01.pdf>.

ILCHEVA, A.-M., « Condamnation de Shell aux Pays-Bas : la responsabilité climatique des entreprises pétrolières se dessine », (2021) *D.* 1968-1970.

JEGOUZO, Y., « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », (2005) *AJDA* 1164-1169.

LECOURT, B., « Publication d'informations en matière de durabilité : proposition de directive modifiant les dispositions de la directive RSE », (2021) *Revue des Sociétés* 661-663.

———, « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », (2022) *Revue des Sociétés* 310-317.

LERAY, G. et V. MONTEILLET, « Droit de l'environnement juin 2020 - mars 2021 », (2021) *D.* 1004-1014.

MISONNE, D., « Pays-Bas c. Urgenda (2019) », dans *Les grandes affaires climatiques, Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, Confluence des droits*, 2020, en ligne : <https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/1112-misonne.pdf>.

MULLER, A.-C., « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM(2021) 189 final(1), Règlement délégué de la Commission, C(2021) 4987 final », (2022) *Revue des Sociétés* 58-59.

NATIONS UNIES, *Accord de Paris*, New York, 2015, en ligne : <https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf>.

PARACHKEVOVA-RACINE, I., « De la vigilance à la nonchalance… », (2022) 7-8 *Bulletin Joly Sociétés* 1.

SCHLUMBERGER, E., « Chronique de droit européen des sociétés (septembre 2021 – avril 2022) », (2022) *Droit des sociétés*, chron. 2 5-9.

TADROS, A., « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », (2018) *D.* 1765-1771.

TEHRANI, A., « Résolutions climatiques : l'AMF, incompétente ? », (2022) *Bulletin Joly Sociétés* 78-79.

TORRE-SCHAUB, M., « Le préjudice écologique au secours du climat, ombres et lumière », (2021) 1 *JCP* éd. G., doctr. 520-527.

———, « Bilan et perspectives pour la justice climatique », (2021) 10 *Énergie - Environnement - Infrastructures* 14-21.

VIANDIER, A., « La raison d'être d'une société (C. civ. art. 1835) », (2019) 10 *BRDA* 30.

ZOLOMIAN, M., « Reporting extra-financier : la Directive CSRD en vue ! », *Lettre Creda Sociétés 2022-10*, 2022, en ligne : <https://www.cci-paris-idf.fr/fr/prospective/creda/reporting-extra-financier-directive-CSRD>.

# CHANGEMENTS CLIMATIQUES : QUESTIONNEMENTS ET INITIATIVES DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS DU QUÉBEC

Hélène SAMSON[235]



235 Directrice de l'encadrement prudentiel et des simulations, Autorité des marchés financiers (*Québec*).

## 1. L'AUTORITÉ EN QUELQUES MOTS

**[398]** L'Autorité des marchés financiers (« l'Autorité ») est un organisme de réglementation intégré. Elle a été créée en 2004, issue de la fusion de cinq organismes qui existaient déjà. Ce regroupement a permis d'intégrer plusieurs domaines financiers (institutions financières, bourse et compensation, valeurs mobilières, indemnisation et distribution), permettant ainsi à l'Autorité d'avoir une vision holistique du marché financier québécois.

**[399]** Sommairement, la mission et le rôle de l'Autorité consistent à encadrer le secteur financier québécois de manière à favoriser son bon fonctionnement et à protéger les consommateurs de produits et services financiers. Selon les termes de la *Loi sur l'encadrement du secteur financier* (RLRQ, c. E-6.1), l'Autorité a pour mission de :

- prêter **assistance** aux consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers ;
- veiller au respect des normes de **solvabilité** prescrites et à la **conformité aux obligations que la loi impose** aux institutions financières ;
- assurer l'encadrement des **activités de distribution** de produits et services financiers ;
- assurer l'encadrement des **activités de bourse et de compensation** des marchés de **valeurs mobilières et des dérivés** ;
- veiller à la mise en place de **programmes de protection et d'indemnisation** des consommateurs de produits et des utilisateurs de services financiers, et administrer les fonds d'indemnisation prévus par la loi.

**[400]** En ce qui a trait spécifiquement aux institutions financières, l'Autorité encadre les assureurs, tant les assureurs de personnes que les assureurs de dommages, ainsi que les institutions de dépôts que sont les coopératives de services financiers, les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne (excluant le secteur bancaire, qui est régi exclusivement par le régulateur fédéral). Dans un monde qui a vu naître de plus en plus de conglomérats financiers, cela permet à l'Autorité de viser l'harmonisation, autant que faire se peut, des encadrements et de la surveillance exercée, réduisant de ce fait les risques liés à l'arbitrage réglementaire. La compréhension des enjeux de tous les secteurs permet de doter les institutions d'encadrement qui sont optimaux et d'exercer une surveillance adéquate et bien équilibrée.

**[401]** S'appuyant sur les lois qui régissent les institutions financières, l'Autorité développe ses encadrements et base sa surveillance sur le respect des obligations légales de suivre des pratiques de gestion saine et prudente et de saines pratiques commerciales. Par saines pratiques commerciales, on entend principalement le traitement équitable du consommateur.

## 2. RISQUES LIÉS AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES

**[402]** La prise en compte des risques liés aux changements climatiques est relativement nouvelle dans le secteur financier. L'Autorité, tout comme ses pairs régulateurs à travers le monde, fait face à un nouveau défi : avant d'intervenir comme régulateur, il est nécessaire de bien comprendre la nature et la portée de ces risques, qui prennent une amplitude et une importance croissantes. L'enjeu est de taille : les risques liés aux changements climatiques, par leur caractère systémique, ont le potentiel de créer un « effet domino » qui pourrait s'avérer néfaste pour le système financier en entier. Cela interpelle nécessairement la responsabilité du régulateur qui veut en assurer la stabilité.

**[403]** Par ailleurs, qui dit risque systémique, dit volonté d'accroître la résilience du secteur financier. L'un des moyens de se préparer consiste en la réalisation de tests de tension (« *stress tests* ») permettant de simuler divers scénarios catastrophes qui sont sévères mais plausibles et, par conséquent, tester la résilience des institutions. En menant des tests de tension, l'Autorité est à même de comprendre les impacts des risques identifiés et d'analyser les zones de vigilance. Les leçons apprises lors de ces tests permettent de concevoir l'encadrement nécessaire, de même que les adaptations à opérer sur le plan de la surveillance. Celle-ci doit d'ailleurs être pensée de manière différente, puisque les risques liés aux changements climatiques ne sont pas des risques « classiques » qui sont connus depuis bien longtemps, comme le sont les risques de crédit et les risques de marché, par exemple. Ils comportent plusieurs dimensions qui doivent toutes être prises en compte.



## 3. PLANIFICATION STRATÉGIQUE

**[404]** L'Autorité, tout comme l'ensemble des régulateurs, doit se positionner et intervenir de façon pondérée et équilibrée, tant dans son encadrement que dans sa surveillance, en ayant notamment comme objectif de préserver la stabilité et la solvabilité des institutions, mais aussi d'assurer la protection des consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers.

**[405]** Tous les secteurs de l'organisation sont conscientisés à l'égard des changements climatiques. Cela est d'ailleurs bien exposé dans le Plan stratégique 2021-2025 de l'Autorité, qui se décline en quatre orientations. L'orientation 2 fait part de la volonté de l'Autorité d'être un régulateur influent en appui au secteur financier québécois. C'est sous cette orientation que se retrouve essentiellement l'approche liée aux changements climatiques et aux facteurs ESG.

**[406]** Les grandes orientations du plan stratégique se déclinent en actions beaucoup plus concrètes, inspirées par la volonté affichée par l'Autorité d'exercer un fort leadership de réflexion sur des enjeux qui sont émergents. Les enjeux climatiques répondent tout à fait à cette volonté.

## 4. INSTITUTIONS FINANCIÈRES

**[407]** Suivant cette optique, l'Autorité a lancé en juin 2021, auprès de tous les assureurs et institutions de dépôts (à l'exception des banques) qui opèrent au Québec, toutes chartes confondues, un sondage sur la gestion des risques liés aux changements climatiques. Comme mentionné précédemment, les objectifs de ce sondage étaient de comprendre comment les institutions financières perçoivent les risques liés aux changements climatiques, de comprendre leurs préoccupations, le cas échéant, et d'avoir un éclairage quant à l'adaptation de leurs façons de faire. Ce sondage était également un bon moyen d'ouvrir le dialogue avec les institutions (Autorité des marchés financiers, 2022)[236].

**[408]** Les résultats du sondage permettront à l'Autorité de développer un encadrement et une surveillance bien équilibrés. Voici en bref quelques-uns de ces résultats :

- les assureurs de dommages se sont dit préoccupés et évidemment très impactés par les changements climatiques. Cela s'explique notamment par la fréquence accrue d'événements extrêmes par lesquels ces assureurs sont directement sollicités et doivent débourser davantage conséquemment à des sinistres;

- les assureurs de personnes sont moins impactés par les risques physiques, mais un peu plus préoccupés par les risques de transition, compte tenu de leurs investissements qui ont un caractère de moyen à long terme et de certaines maladies qui pourraient découler de changements climatiques, par exemple;

- chez les institutions de dépôts les préoccupations sont davantage liées, par exemple, aux risques provenant du fait que certaines habitations qui pourraient être construites dans des zones inondables ou qui le deviennent compte tenu du réchauffement climatique impactent directement leur portefeuille de prêts hypothécaires, advenant des sinistres, par exemple.

**[409]** Si l'on constate que les préoccupations sont différentes en fonction des secteurs, il en ressort néanmoins un besoin d'encadrement. C'est d'ailleurs ce qu'ont souligné les institutions dans les divers commentaires recueillis, c'est-à-dire, le besoin de disposer de balises, de comprendre comment le régulateur entrevoit ces risques.

## 5. VALEURS MOBILIÈRES

**[410]** Du côté des valeurs mobilières, le projet de règlement 51-107 est en cours de consultation et vise spécifiquement la divulgation. Ce projet pancanadien a été développé par l'entremise des Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM ») et vise les obligations d'information sur les questions climatiques pour tous les émetteurs assujettis. Le projet de règlement prévoit une mise en œuvre progressive où,

236 Depuis la tenue du colloque, l'Autorité a publié les résultats du sondage. Le rapport *Les risques liés aux changements climatiques : le point sur les mesures mises en place par les institutions financières* est disponible sur le site Web de l'Autorité.

*a priori*, il sera demandé aux émetteurs visés de se prononcer sur les questions climatiques, par exemple dans le cadre de leurs documents d'information continue.

**[411]** Comme mentionné, cette réglementation vise les émetteurs assujettis au sens large. De la même façon, certaines institutions financières devront se conformer à cette réglementation, mais ce ne sera pas le cas de la majorité. Ainsi, afin de pouvoir compter sur une approche harmonisée, l'Autorité propose aussi de viser une divulgation d'informations basée sur les recommandations du *Task Force on Climate-Related Financial Disclosure* (« TCFD »), lesquelles se veulent la référence en la matière pour l'ensemble des institutions financières.

**[412]** Afin d'être en mesure de bien cerner les risques liés aux changements climatiques et de comprendre comment ils impactent les institutions financières, le régulateur aura évidemment besoin de données probantes; en cette matière, la théorie n'est plus suffisante. C'est donc à partir des divulgations faites par les institutions que l'Autorité pourra mener ce travail à terme.

## 6. VOLET SOCIAL

**[413]** Enfin, rappelons que les critères sociaux que l'on trouve sous l'acronyme ESG couvrent notamment les notions de diversité, d'équité et d'inclusion. Sur le plan national, certains positionnements et exigences en matière de diversité ont été pris par les ACVM, mais ceux-ci étaient uniquement basés sur le genre, puisqu'il était question, par exemple, de connaître le pourcentage de femmes siégeant aux conseils d'administration. De façon plus contemporaine, cette réflexion est maintenant beaucoup plus élargie, afin de ne pas couvrir uniquement le genre.

**[414]** Sur le plan de la diversité, de l'équité et de l'inclusion, l'Autorité mène également une réflexion sur la manière dont de tels concepts pourraient être introduits au sein de la gouvernance des institutions financières. L'Autorité aborde aussi ces questions sous l'angle des saines pratiques commerciales et du lien avec le traitement équitable du consommateur. Les attentes de l'organisation à l'égard des institutions financières pourraient être, par exemple, de voir au développement de produits d'épargne et d'assurance pour certains groupes de la population qui pourraient être moins bien desservis.

**[415]** En somme, compte tenu de sa nature intégrée, il importe pour l'Autorité de développer des encadrements qui soient équilibrés et cohérents pour l'ensemble de ses clientèles.

## BIBLIOGRAPHIE

AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Les risques liés aux changements climatiques : le point sur les mesures mises en place par les institutions financières*, 2022, voir en ligne : <https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/grand_public/publications/professionnels/rapport-changements-climatiques_fr.pdf>.

———, « 51-107 - Information liée aux questions climatiques », Autorité des marchés financiers, 2021, en ligne : <https://lautorite.qc.ca/professionnels/reglementation-et-obligations/valeurs-mobilieres/5-obligations-permanentes-des-emetteurs-et-des-inities-51-101-a-58-201/https%3A%2F%2Flautorite.qc.ca%2Fprofessionnels%2Freglementation-et-obligations%2Fvaleurs-mobilieres%2F5-obligations-permanentes-des-emetteurs-et-des-inities-51-101-a-58-201%2F51-107-information-liee-aux-questions-climatiques>.

# PRÉSENTATION DU PROJET DE LOI S-243[237]



Rosa GALVEZ[238]



237 Ce texte est une adaptation du livre blanc intitulé « Aligner la finance canadienne sur les engagements climatiques ». En date d'avril 2023, le projet de loi S-243 intitulé *Loi édictant la Loi sur la finance alignée sur le climat et apportant des modifications connexes à d'autres lois* est au stade de la deuxième lecture au Sénat. Le projet de loi S-243 se trouve actuellement au début du processus législatif. Pour suivre l'évolution du projet de loi S-243, voir : Legisinfo, *S-243, Loi édictant la Loi sur la finance alignée sur le climat et apportant des modifications connexes à d'autres lois*, en ligne : <https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/44-1/s-243>.

238 Sénatrice, Groupe des sénateurs indépendants (Canada).

## RÉSUMÉ

Les changements climatiques posent un risque pour le système financier dans son ensemble et, par conséquent, pour la stabilité financière du Canada. Parallèlement, les investissements risqués des institutions financières alimentent la crise climatique. Ce texte explore cette double matérialité dans le contexte canadien et identifie les lacunes actuelles du système financier canadien en matière de finance durable. Le projet de loi S-243, *Loi sur la finance alignée sur le climat*, introduit au Sénat du Canada en 2022 par l'honorable Rosa Galvez, offre un cadre législatif pour aligner les activités des institutions financières fédérales sur les engagements climatiques du Canada et combler les lacunes du système financier canadien.

## INTRODUCTION

**[416]** Les politiciens et les entreprises, y compris les institutions financières, prêtent enfin attention aux changements climatiques après des décennies de mises en garde des experts. Il semble qu'il ne se passe pas une semaine sans qu'un nombre important de nouvelles initiatives mondiales soient lancées ou que d'importants rapports innovateurs soient publiés. En outre, le nombre d'entreprises prenant des engagements climatiques a explosé ces dernières années.

**[417]** Dans le sixième rapport du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), publié en février 2022, les scientifiques mettent en garde les responsables politiques contre les conséquences désastreuses et irréversibles de l'inaction; ils insistent sur la nécessité de prendre des mesures audacieuses pour atténuer les changements climatiques et s'y adapter, mais aussi sur l'ouverture de nouvelles perspectives d'innovation dans nos sociétés et nos économies (GIEC, 2022). Une transformation économique radicale a le pouvoir de stabiliser notre climat tout en réduisant les inégalités sociales et économiques de longue date; c'est la voie à suivre si nous voulons éviter les conséquences catastrophiques de l'inaction sur le plan des changements climatiques.

**[418]** Il est évident que le système financier doit s'aligner sur la science la plus récente en matière de climat, qui indique que le temps est compté et qu'il est urgent de réduire considérablement les émissions de gaz à effet de serre (GES), en commençant par le secteur de l'énergie. Au Canada, plutôt que d'observer et de surveiller, les autorités de réglementation financières fédérales doivent saisir l'urgence de ce moment. Ce faisant, elles peuvent déclencher une transformation économique qui alimentera la prospérité future d'une manière durable qui préservera notre pays et la planète telle que nous la connaissons.

**[419]** Pour ce faire, nous devons adopter des politiques bien conçues qui contribueront à faire baisser les coûts de la réduction des émissions et à générer des fonds pour d'autres actions en faveur du climat. C'est dans ce contexte que j'ai introduit au Sénat du Canada en mars 2021 le projet de loi S-243, la *Loi sur la finance alignée sur le climat* (LFAC), une loi qui vise à guider les institutions financières fédérales dans leur transition vers une économie à faibles émissions de carbone.

## 1. LA FINANCE À L'ÈRE DES CHANGEMENTS CLIMATIQUES

**[420]** Les changements climatiques ont de graves répercussions sur l'économie et sur les institutions financières; la nature cumulative, interconnectée et non linéaire de ces répercussions signifie qu'elles constituent un risque pour le système financier dans son ensemble et, par conséquent, pour la stabilité financière nationale. La dévaluation soudaine des entreprises basées sur les combustibles fossiles, alors que leurs actifs deviennent rapidement inutilisables, peut entraîner une « bulle du carbone ». Comme le reconnaît le *Network for Greening the Financial System* (NGFS) — un groupe de banques centrales et d'autorités de surveillance — les changements climatiques sont une source de changement structurel affectant le système financier (Conseil de stabilité financière, 2020).

**[421]** Plusieurs facteurs mènent à des points de bascule financiers auxquels les institutions financières doivent se préparer, notamment les phénomènes météorologiques extrêmes, les incidences physiques sur les infrastructures, l'adoption de nouvelles politiques climatiques ou le développement de nouvelles technologies. Ces facteurs engendrent ainsi des chocs possibles à notre économie et mettent à risques nos investissements.

**[422]** Parallèlement, si les changements climatiques représentent un risque pour les institutions financières et la stabilité financière, les investissements risqués de ces mêmes institutions représentent un risque pour le climat mondial, un concept appelé *double matérialité*. Les entreprises devraient être tenues de rendre compte non seulement de la manière dont les questions de durabilité affectent leurs activités, mais aussi de leur incidence sur les personnes et l'environnement; ces renseignements pourraient contribuer à atténuer les risques et à améliorer le processus décisionnel.

## 2. CONTEXTE CANADIEN

**[423]** Le Canada étant l'un des plus grands émetteurs de GES par habitant (Banque mondiale, 2018) et l'un des principaux exportateurs de combustibles fossiles, l'atteinte des objectifs de l'Accord de Paris au Canada nécessitera une transformation profonde de nos modes de production, d'utilisation et de financement de l'énergie dans tous les secteurs de l'économie, une transformation pour laquelle le pays est loin d'être prêt. Encore plus inquiétant, le commissaire à l'environnement et au développement durable du Canada a indiqué en novembre 2021 que les émissions de GES du Canada « ont augmenté depuis la signature de l'Accord de Paris, ce qui fait du Canada le pays avec la pire performance de toutes les nations du G7 depuis la Conférence des Parties qui a eu lieu à Paris (France) en 2015 ». Il n'en est toutefois pas surprenant : le Canada possède l'un des secteurs pétroliers et gaziers les plus polluants au monde (Israel et al., 2020). Malgré les promesses de durabilité accrue, les investisseurs internationaux se désintéressent de plus en plus de ce secteur. En revanche, le secteur semble bénéficier d'un soutien sans réserve de la part du secteur financier canadien avec lequel il est intimement lié (Rijk et al., 2021).

**[424]** En outre, à mesure que le monde met en œuvre de nouvelles politiques pour limiter le réchauffement, une fraction croissante des droits d'actifs de l'industrie mondiale des combustibles fossiles deviendront délaissés. En raison de sa dépendance actuelle à l'égard des combustibles fossiles à forte intensité d'émissions, le Canada risque d'être plus exposé dans un monde à faibles émissions de carbone, même parmi les producteurs de combustibles fossiles, et de subir un impact macroéconomique disproportionné en raison de l'immobilisation des actifs (Mercure et al., 2018).

**[425]** Entre-temps, la modélisation a établi que l'inaction nuira à la cote de crédit des pays, dont le Canada, tandis qu'une politique climatique rigoureuse conforme à l'Accord de Paris n'entraînera que des changements minimes dans les profils de cote actuels. Une action précoce peut et va améliorer la viabilité budgétaire à long terme, réduire le

coût de l'endettement des entreprises, améliorant ainsi la compétitivité, et réduire les taux d'intérêt futurs sur la dette souveraine, réduisant ainsi les charges fiscales futures (Klusak et al., 2021).

**[426]** Sans surprise, le secteur pétrolier et gazier bénéficie d'un soutien financier important au Canada; les subventions annuelles directes à l'industrie dépassent couramment le milliard de dollars par an et les autres types de services financiers fournis par l'intermédiaire d'Exportation et développement Canada se situaient entre 8 et 12,4 milliards de dollars par an de 2015 à 2020 (Directeur parlementaire du budget, 2021). Le Canada est aujourd'hui le pays du G20 qui fournit le plus de soutien financier public aux combustibles fossiles par habitant (Tucker et al., 2020).

**[427]** Lors de la COP26 à Glasgow en 2021, le Canada et 23 autres pays se sont engagés à mettre fin à leur soutien au « secteur international de la production soutenue d'énergie à partir de combustibles fossiles » d'ici la fin de 2022 (Ressources naturelles Canada, 2021), et le ministre des Ressources naturelles, Jonathan Wilkinson, a depuis réitéré la promesse électorale du Parti libéral de mettre fin au financement public des projets nationaux de combustibles fossiles (McClearn, 2022).

**[428]** Malgré ces promesses électorales qui tardent toujours à se réaliser, il faut également aligner le financement privé aux objectifs de l'Accord de Paris sans quoi nous n'atteindrons pas la carboneutralité. Au Canada, les six plus grandes banques ont investi plus de 125 milliards de dollars et accordé au-delà de 694 milliards de dollars de financement aux entreprises de combustibles fossiles depuis 2015. La RBC est le plus grand financier des combustibles fossiles, suivie de la Banque Scotia, de la TD, de la BMO, de la CIBC, puis du Mouvement Desjardins. Chose inquiétante, l'analyse indépendante des pertes sur risque des banques dans un monde à 1,5 °C révèle qu'elles pourraient être plus de deux fois supérieures à ce qu'elles déclarent (130 contre 57 points de base) (Rijk et al., 2021). Cinq de ces banques ont régulièrement augmenté leur financement des combustibles fossiles depuis la signature de l'Accord de Paris. Elles figurent ainsi parmi les principaux financeurs de combustibles fossiles dans le monde, représentant 17,5 % de l'ensemble des prêts au secteur pétrolier et gazier, et trois d'entre elles sont classées parmi les 12 premiers prêteurs à ce secteur (Rainforest Action Network, 2021).

**[429]** Cette exposition importante au risque, par rapport aux banques étrangères qui ont quitté le secteur, peut être due au fait que les banques de détail au Canada ont le plus grand nombre de liens avec les industries d'extraction, selon une enquête menée en avril 2021 auprès de banques au Royaume-Uni, aux États-Unis, au Canada, en Europe, en Afrique du Sud, en Chine et au Japon. Les auteurs ont constaté que 35 % des administrateurs de banques canadiennes avaient occupé ou occupaient encore des postes dans le secteur de l'énergie à haute teneur en carbone : « La grande majorité des administrateurs de la Banque Scotia (93 %) et de la Banque TD (92 %) avaient des liens passés ou actuels avec des secteurs à forte teneur en carbone, tandis que 40 % des administrateurs de la Banque Canadienne Impériale de Commerce (CIBC) avaient des liens passés ou actuels avec le secteur des combustibles fossiles. Trois administrateurs sur 12 à la Banque de Montréal (25 %) avaient des affiliations actuelles

à des organisations polluantes du secteur de l'énergie, tout comme quatre membres du conseil d'administration sur 14 (29 %) à la Banque Scotia (Cooke et al., 2021) ».

**[430]** En outre, les fonds de pension canadiens détiennent des parts importantes du secteur pétrolier et gazier à forte intensité d'émissions. Collectivement, les offices d'investissement des régimes de pensions du Canada et du Québec (OIRPC et CDPQ) détiennent 862,7 milliards de dollars en placements totaux au nom de plus de 26 millions de Canadiens. Un rapport du projet de cartographie des entreprises du Centre canadien de politiques alternatives a révélé que les deux fonds de pension étaient fortement investis dans des entreprises de combustibles fossiles telles qu'*ExxonMobil*, *TC Energy*, *Enbridge* et d'autres membres de l'Association canadienne des producteurs pétroliers (ACPP), qui fait depuis longtemps obstacle à l'action climatique. À la fin de 2020, l'OIRPC et la CDPQ avaient des actions publiques dans le domaine du pétrole et du gaz totalisant respectivement 3,68 milliards et 5,1 milliards de dollars (Dempsey et al., 2021).

**[431]** Le *Tableau de bord des investissements responsables des régimes de retraite canadiens*, une collaboration entre plusieurs organisations non gouvernementales, a constaté que, si l'OIRPC et la CDPQ s'étaient retirés des combustibles fossiles, leur rendement cumulatif sur 10 ans serait supérieur de 10 % et 18 % respectivement (Corporate Knights, 2021).

## 3. LA *LOI SUR LA FINANCE ALIGNÉE SUR LE CLIMAT* : UNE APPROCHE LÉGISLATIVE POUR REMÉDIER LA SITUATION



**[432]** Il devient de plus en plus difficile de justifier les délais pour une solution législative visant à guider le secteur financier vers une transition ordonnée. Laissé à elles-mêmes, les institutions financières canadiennes n'ont pas su démontrer leur capacité à agir de manière rapide et ambitieuse ce qui pose un risque croissant à toute l'économie canadienne.

**[433]** La *Loi sur la finance alignée sur le climat* (LFAC) a été conçue après maintes consultations d'experts en finance et en climat pour ainsi répondre à la problématique identifiée ci-dessus. La loi propose l'adoption d'une série de mesures clés qui sauront modifier les rouages du système financier qui ne parvient pas à s'attaquer à la crise sans précédent des changements climatiques. Elle ferait du Canada un chef de file en matière de finance durable et servirait de modèle à travers le monde pour aligner la finance sur les engagements climatiques.



### 3.1. AU-DELÀ DE LA DIVULGATION DES RISQUES : LA NÉCESSITÉ DE S'ALIGNER SUR LES ENGAGEMENTS CLIMATIQUES

**[434]** Les cadres de divulgation des risques liés au climat ont fait l'objet d'une grande attention récemment, mais la divulgation seule est insuffisante. Le respect des engagements énoncés dans l'Accord de Paris exige que les entreprises soient tenues de fixer des objectifs ambitieux et de préparer et soumettre un plan crédible pour atteindre ces objectifs. Les investissements doivent non seulement être divulgués, mais aussi être orientés vers des modèles d'entreprise véritablement durables et innovants.

**[435]** Les actions volontaires menées sous l'égide du Groupe de travail sur l'information financière relative aux changements climatiques (GTIFCC) n'ont malheureusement pas apporté le changement à l'échelle et à la vitesse nécessaires. La raison en est simple : malgré l'augmentation constante des données et des divulgations, il n'y a tout simplement pas assez de pression ou d'incitations juridiques et commerciales pour que les entreprises et les investisseurs agissent. En novembre 2020, une enquête de la HSBC menée auprès de 2 000 investisseurs a révélé que seuls 10 % d'entre eux considéraient les informations divulguées sur le climat comme une source d'information pertinente (Hook et Vincent, 2020). Une autre analyse de la divulgation des risques climatiques par 301 entreprises entre 2015 et 2020 a montré que le lancement des recommandations du GTIFCC en 2017 a entraîné « une augmentation négligeable d'environ 1,9 point de pourcentage des informations divulguées conformément aux catégories du GTIFCC », ce qui a conduit les auteurs à conclure que les informations préexistantes ont simplement été réorganisées plutôt qu'améliorées. La stratégie, les paramètres et les objectifs, catégories qui « fournissent les informations les plus essentielles et les plus importantes aux parties prenantes », n'ont pratiquement pas augmenté (Bingler et al., 2021, p. 11). Néanmoins, le fait que la France, le seul pays où les grandes institutions financières sont tenues d'établir des rapports détaillés sur les risques climatiques, ait obtenu de meilleurs résultats, en particulier dans ces catégories, souligne le potentiel que représente le fait de rendre la divulgation obligatoire.

**[436]** Plus récemment, le *Corporate Climate Responsibility Monitor* a évalué les objectifs et les plans de 25 grandes entreprises multinationales dans un contexte d'accélération rapide des engagements climatiques des entreprises, de fragmentation des approches et de manque de surveillance réglementaire, ce qui rend plus difficile que jamais la distinction entre le leadership climatique et l'écoblanchiment. Il a constaté que seules trois entités s'étaient clairement engagées à décarboner en profondeur l'ensemble de leur chaîne de valeur et que tous les objectifs 2030 étaient en deçà de l'ambition requise pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris. En moyenne, les engagements ne réduiraient que 40 % des émissions globales, et non 100 % comme le suggère le terme « carboneutralité ». L'étude a révélé que les initiatives privées de fixation de normes, avec leurs lacunes et leur manque de détails, ont donné de la crédibilité à des objectifs de faible qualité et trompeurs. Les lacunes les plus importantes concernaient l'ignorance des émissions de portée 3, la faible intégrité de l'approvisionnement en électricité renouvelable et les plans controversés de compensation des émissions (Day et al., 2022).

**[437]** Au-delà des limites des cadres de divulgation volontaire, le cadre de gestion des risques lui-même est discutable dans un contexte de crise climatique. En effet, le professeur Ben Caldecott, directeur du programme Oxford Sustainable Finance, a écrit que « la gestion des risques climatiques ne peut contribuer, que peu ou pas du tout, à l'alignement sur les résultats climatiques » (Caldecott, 2020, p. 12). En d'autres termes, ne vous attendez pas à ce que la divulgation des risques financiers liés au climat entraîne les changements réels dont nous avons besoin. Sa prescription est simple : « L'action doit aller au-delà de la divulgation des risques financiers liés au climat et s'orienter vers des interventions proactives, qu'il s'agisse d'inciter les émetteurs mondiaux à fixer des objectifs de réduction des GES suffisamment ambitieux, crédibles et fondés sur des données scientifiques, ou d'investir dans les technologies de pointe et

les modèles commerciaux de l'avenir, de les financer et de contribuer à leur mise en œuvre. En outre, il est impératif de se concentrer sur le rôle des régulateurs, le devoir fiduciaire et d'autres incitations fiscales pour comprendre comment nous pourrions réinitialiser les règles afin de développer une économie plus régénératrice et résiliente » (Caldecott, 2020, p. 6).

**[438]** Il est donc nécessaire de passer du risque à l'alignement, l'objectif premier de la *LFAC*.

**[439]** L'alignement sur les engagements climatiques désigne la prise de mesures qui contribuent considérablement à réaliser les engagements à l'égard du climat et qui ne permettent pas à d'autres personnes et entités de mener des activités qui entrent en contradiction avec ces engagements. Cela consiste à s'abstenir d'exacerber les conséquences des changements climatiques, comme la perte de biodiversité, et d'entraver les mesures prises pour remédier aux torts causés par le réchauffement climatique. Cela suppose également de tenir compte des considérations en lien avec les changements climatiques, comme le respect des droits des Autochtones enchâssés dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ainsi que d'éviter, lors de la prise de mesures en lien avec les changements climatiques, d'accroître l'insécurité alimentaire et les inégalités sociales et de nuire fortement au respect des obligations d'ordre social et environnemental que le Canada reconnaît.

**[440]** Concrètement, la loi apporterait des modifications à la législation existante pour intégrer le concept d'alignement sur les engagements climatiques dans les missions de certaines sociétés d'État et organisations sous réglementation fédérale, notamment la Banque du Canada, l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public et le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF).



### 3.2. CHANGEMENT CLIMATIQUE EN TANT QU'INTÉRÊT SUPÉRIEUR POUR LES ADMINISTRATEURS

**[441]** Dans son rapport de 2019, le Groupe d'experts sur la finance durable a recommandé au gouvernement du Canada « de préciser que le devoir fiduciaire tel qu'il existe n'exclut pas la prise en compte des facteurs pertinents reliés aux changements climatiques » (Groupe d'experts sur la finance durable, 2019). En 2021, l'Institute for Sustainable Finance soulignait également la nécessité de « clarifier la portée du devoir fiduciaire » qui « a été largement reconnue comme une initiative cruciale à mettre en œuvre à court terme » (ISF, 2021, p. 39).

**[442]** Bien que le gouvernement n'ait pas apporté cette clarification à ce jour, la société semble avoir évolué dans ce sens. L'ancienne juge McLachlin, la personne à avoir occupé le plus longtemps le poste de juge en chef de la Cour suprême du Canada, semble également tenir les administrateurs à une norme plus large : « Quelle que soit l'utilité d'un projet pour le résultat net et le rendement maximal pour les actionnaires, les entreprises doivent tenir compte des incidences environnementales de leurs activités lorsqu'elles prennent une décision […] Les entreprises, publiques et privées, doivent tenir compte des intérêts de toutes leurs parties prenantes. Comme tout bon citoyen, les entreprises **doivent respecter l'environnement, les relations avec les peuples autochtones et la diversité des sociétés modernes** » (McLachlin, 2018).

**[443]** L'Initiative canadienne de droit climatique va plus loin et pose l'action contre le changement climatique comme un intérêt supérieur :

> Si la clarification du devoir fiduciaire semble impérative à ce stade, aller plus loin pour s'assurer que le changement climatique n'est plus seulement considéré comme un intérêt concurrent à résoudre dans les limites de ce devoir, **mais comme un intérêt supérieur applicable à la manière dont tous les administrateurs et dirigeants** s'acquittent de leurs **obligations** semble préférable[239]. [Souligné par l'auteur]

**[444]** Par conséquent, le changement climatique devrait être reconnu comme un intérêt supérieur pour les administrateurs de sociétés afin de garantir une reconnaissance suffisante de l'importance des systèmes qui sont si cruciaux pour une société florissante et prospère.

**[445]** La LFAC établirait donc l'alignement sur les engagements climatiques comme une question d'intérêt public prépondérante affectant toutes les entités couvertes par la Loi. Elle établirait une nouvelle obligation pour les directeurs, les agents et les administrateurs de ces entités d'exercer leurs pouvoirs de manière à permettre à leur organisation de s'aligner sur les engagements climatiques et cette nouvelle obligation aurait préséance sur les obligations existantes.

### 3.3 FIXATION D'OBJECTIFS, PLANIFICATION ET RAPPORTS

**[446]** Des engagements généraux reposant au mieux sur des normes volontaires variables ne peuvent garantir un alignement rapide sur les engagements climatiques et leur mise en œuvre. Il faut exiger des rapports annuels détaillés pour les institutions commerciales et financières, avec des critères clairs et rigoureux pour fixer des objectifs, mettre en œuvre des plans d'action et rendre compte des progrès accomplis. Ceux-ci doivent couvrir tous les aspects essentiels de l'alignement sur les engagements climatiques.

**[447]** L'Initiative canadienne de droit climatique recommande des plans d'action climatique et des mesures de divulgations obligatoires pour les entreprises sous réglementation fédérale, les plus grandes banques canadiennes, les compagnies d'assurance et d'autres entreprises importantes pour la stabilité de l'économie ainsi que les sociétés d'État[240]

**[448]** La LFAC exigerait des entités concernées la publication de rapports annuels sur l'alignement sur les engagements climatiques. Ces rapports devront être appuyés des meilleures données scientifiques disponibles fondées sur des budgets carbone compatibles avec une hausse de 1,5 °C selon l'Accord de Paris. Ils devront comprendre des cibles, des plans pour l'atteinte de ces cibles et des détails sur les émissions de l'entité, y compris les émissions financées et celles de portée 3 représentant les

239 Extraits, lettre de l'Initiative canadienne du droit climatique au premier ministre Trudeau et à la vice-première ministre et ministre des Finances Freeland, 14 octobre 2021, CCLI, dossier de l'auteur [traduction].

240 Extraits, lettre de l'Initiative canadienne de droit climatique au premier ministre Trudeau et à la vice-première ministre et ministre des Finances Freeland, 14 octobre 2021, CCLI, dossier de l'auteur.

émissions indirectes générées par l'entité qui ne sont pas associées à l'énergie consommée par ses propres activités et. Les entités devront également justifier ces informations en déclarant les méthodes employées pour en arriver à ces résultats. Finalement, toute activité de lobbying ou tout poste dans une société de personnes, un syndicat ou une association qui ont trait à une question relative à l'environnement ou au climat devront être déclarés.

**[449]** Quant aux cibles, celles-ci devront être fixées dès le premier rapport d'alignement pour des intervalles de cinq ans pour la période allant de 2025 à 2050 ayant comme cible finale la carboneutralité. L'élaboration de plans régulièrement mis à jour devront prioriser des gestes immédiats et ambitieux, des réductions des émissions au sein de la chaîne de valeur ainsi que des solutions nouvelles et novatrices pour remplacer les activités à forte intensité d'émissions. Ils doivent comprendre en outre des mesures sur l'affectation du capital et des fonds d'exploitation et prévoir un examen de la manière dont la gouvernance et la stratégie de l'entité ainsi que la rémunération des dirigeants de celle-ci peuvent servir à atteindre les cibles.

**[450]** Plus précisément, l'utilisation de compensations ne peut pas se substituer à la réduction des émissions. Les compensations obtenues grâce à des réductions permanentes pourront cependant être utilisées si elles sont strictement nécessaires pour neutraliser les émissions résiduelles minimes impossibles à réduire au moyen des technologies disponibles. Dans ses plans et ses cibles, une entité ne pourra pas dépendre ou présumer de l'invention future, de la découverte future ou du déploiement futur à grande échelle, au-delà de la portée de ses activités, de technologies d'élimination, de captage ou de stockage des émissions, de manière à justifier la perpétuation ou l'augmentation d'activités liées aux combustibles fossiles. L'entité qui utilisera des compensations à des fins limitées devra ainsi fournir des renseignements détaillés précisant et expliquant la vérification par une tierce partie, la contribution directe à ce que l'invention, la découverte ou le déploiement soit réalisable, et la manière dont la dépendance ou la présomption s'aligne sur les engagements climatiques.



### 3.4. TIRER PARTI DE L'EXPERTISE CLIMATIQUE AU SEIN DES CONSEILS D'ADMINISTRATION ET ÉVITER LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

**[451]** Pour aligner la finance sur les engagements climatiques, il faut que les principales institutions financières disposent d'une grande expertise en matière de climat pour renforcer leurs capacités.

**[452]** Tel que décrit ci-dessus, l'interconnexion profonde entre l'industrie canadienne des combustibles fossiles et le secteur financier contribue à l'inaction persistante du secteur pour réorienter les investissements conformément aux engagements climatiques du Canada.

**[453]** L'influence démesurée de l'industrie pétrolière sur le gouvernement n'est pas sans rappeler les stratégies utilisées par l'industrie du tabac, qui a tenté d'empêcher la réglementation publique de ses produits pendant des décennies grâce à de multiples tactiques d'influence (Oreskes et Conway, 2010). Conscients de cette influence, 173 pays et l'Union européenne ont signé la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte

antitabac, entrée en vigueur en 2005. Dans la Convention, on reconnaît que l'industrie du tabac est en conflit d'intérêts irréconciliable avec la santé publique et que l'élaboration et la mise en œuvre des politiques de santé publique en matière de lutte antitabac ne doivent pas être influencées par les intérêts, notamment commerciaux, de l'industrie du tabac (Organisation mondiale de la santé, 2005, p.7).

**[454]** Une action ambitieuse doit donc limiter l'influence des industries les plus polluantes du Canada dans l'élaboration des règles auxquelles elles doivent se conformer et leur encouragement des flux financiers incompatibles avec les engagements climatiques. Afin de réduire ce chevauchement avec les industries les plus polluantes, la Loi exigerait qu'au moins un membre du conseil d'administration des sociétés d'État qui fournit du financement soit une personne ayant une expertise en matière de climat. De plus, une nouvelle exigence en matière de conflit d'intérêts s'appliquerait à toutes les entités couvertes par la Loi. D'abord, pendant les trois premières années suivant l'entrée en vigueur de la Loi, les membres de conseils d'administration qui travaillent, qui offrent des services ou qui ont fait du lobbying au cours des cinq dernières années pour une organisation qui n'est pas alignée sur les engagements climatiques ou qui détient des actions d'une telle organisation devront le déclarer dans le rapport annuel sur l'alignement sur les engagements climatiques. Après quatre ans, ces personnes ne seront plus autorisées à siéger au conseil d'administration de ces entités.

### 3.5. LES EXIGENCES DE FONDS PROPRES DOIVENT TENIR COMPTE DES RISQUES CLIMATIQUES SYSTÉMIQUES



**[455] L**orsque les institutions financières investissent dans des secteurs qui ne sont pas prêts pour la transition, des risques financiers sont générés et se propagent dans tout notre système financier. Exiger des banques qu'elles détiennent davantage de capitaux, soit un montant proportionnel à leur investissement dans des opérations à forte intensité d'émissions, par exemple, les amènerait à internaliser les coûts des risques systémiques que leurs activités financières génèrent (Finance Watch, 2021).

**[456]** Dans l'article intitulé *Addressing Climate-Related Financial Risk Through Bank Capital Requirements*, Gregg Gelzinis explique cette approche :

> Il est important de noter que cette exigence de fonds propres va au-delà des seuls risques liés aux activités à forte intensité de carbone inscrits au bilan des banques et tient compte des multiples façons dont les banques facilitent le financement des émissions. Il s'agit d'une approche macroprudentielle qui atténuerait le risque systémique et qui n'est pas principalement axée sur le risque microprudentiel pour la banque qui s'engage dans l'activité de financement. L'objectif est de renforcer la résilience globale du système et d'obliger les banques à internaliser les coûts qu'elles font peser sur les autres institutions financières, l'économie et le public (Gelzinis, 2021).

**[457]** Il est nécessaire au Canada de reconnaître que les risques posés par les institutions financières ne menacent pas seulement l'institution qui s'engage dans l'activité, mais aussi d'autres parties prenantes publiques et privées dans le cas d'un

rendement négatif, d'une perturbation ou d'une défaillance de l'institution ou de l'activité, et que cette reconnaissance s'étende aux risques de la transition.

**[458]** La LFAC obligerait donc le BSIF à élaborer de nouvelles lignes directrices sur la suffisance en capital qui entraîneraient une hausse des coefficients de pondération des risques de crédit pour le financement exposé à des risques élevés liés à la transition. Toute exposition sur prêts, obligations ou instruments dérivés aux nouvelles ressources ou infrastructure liées aux combustibles fossiles entraîneraient un coefficient de pondération des risques élevé, soit à 1250%; celui en lien aux ressources et infrastructures courantes, 150 %.

**[459]** Les lignes directrices établiraient également une surtaxe sur le capital pour contribution aux risques climatiques systémiques qui tient compte de la mesure dans laquelle les activités des institutions financières facilitent financièrement les émissions de gaz à effet de serre. Celle-ci utilisera le niveau des émissions facilitées financièrement par une institution comme indicateur de la probabilité accrue de manquement exercée par le financement des activités à forte intensité d'émissions sur le système financier.

**[460]** Ces mesures importantes renforceront la résilience aux risques systémiques causés par le financement d'activités à forte intensité d'émissions contraires aux engagements climatiques.

### 3.6. APPROCHE GLOBALE VISANT À ALIGNER TOUS LES PRODUITS FINANCIERS SUR LES ENGAGEMENTS CLIMATIQUES



**[461]** Sur la base des travaux pionniers menés dans l'Union européenne sur une taxonomie verte, une approche globale doit être élaborée pour fournir des critères et des mesures incitatives législatives adéquats et rigoureusement conçus afin d'aligner tous les produits financiers sur les engagements climatiques.

**[462]** Le gouvernement fédéral dispose de pouvoirs considérables et de la compétence constitutionnelle pour agir sur ces questions. Il pourrait notamment modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* et d'autres lois fédérales nécessaires pour encourager les produits financiers qui soutiennent les engagements climatiques, pour décourager l'utilisation de ceux qui sont incompatibles avec les engagements climatiques et pour empêcher que les recettes des produits financiers dont les objectifs sont alignés sur les engagements climatiques soient utilisées pour des activités incompatibles avec ceux-ci.

**[463]** Par exemple, le *Tableau de bord des investissements responsables des régimes de retraite canadiens* développe cette idée plus avant (Institut pour l'IntelliProspérité et Corporate Knights, *2021) :*

> Pour que cela fonctionne, il serait important que la législation fiscale renvoie à un tiers de confiance qui établirait une norme de carboneutralité ou que l'Agence du revenu du Canada ait la capacité d'émettre, de mettre à jour et d'appliquer des critères normalisés communs et des analyses de données

pour contrôler la conformité en matière de carboneutralité (une norme de carboneutralité mise en œuvre). Il existe un précédent de recours à la Loi de l'impôt sur le revenu pour assurer le respect des règles sur les risques des portefeuilles. De 1971 à 2005, la règle sur les biens étrangers de la Loi de l'impôt sur le revenu plafonnait la proportion d'actifs que les régimes de pensions exonérés d'impôt pouvaient investir à l'extérieur du Canada, ce qui était contrôlé par l'Agence du revenu du Canada.

**[464]** L'essentiel est d'agir de manière globale, en collaboration avec les provinces où la compétence est partagée, afin que l'ensemble du système financier s'aligne sur les engagements climatiques. L'attention doit être portée sur les flux de capitaux autant que sur les stocks de capitaux, et sur la manière dont les capitaux sont réunis sur les marchés primaires, avec une attention particulière accordée aux obligations (Wilson et Caldecott, 2021).

**[465]** La LFAC prévoirait donc que le gouvernement fédéral élabore un plan d'action sur les aspects nécessaires de la réforme financière qui ne peuvent pas être inclus dans le projet de loi, notamment la collaboration avec les provinces, assurerait de vastes consultations et exigerait la publication de ce plan au plus tard un an après l'entrée en vigueur du projet de loi.

## CONCLUSION

**[466]** Malgré que les experts nous avertissent depuis des décennies de la crise des changements climatiques, le monde tarde toujours à mettre en œuvre des actions climatiques rapides et ambitieuses. Une chose est pourtant claire : l'heure est à l'action. Le Canada doit faire sa part pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris et ce, malgré les intérêts privés influents qui retardent nos efforts.

**[467]** Le secteur financier représente l'une des dernières pièces cruciales pour activer la machine vers la transition mais il ne dispose toujours pas des outils adéquats pour entreprendre l'action climatique nécessaire pour atteindre nos objectifs. Individuellement, les institutions financières n'ont ni la responsabilité, ni la motivation de veiller à ce que leurs pairs et leurs concurrents emboîtent le pas. Elles ne peuvent à elles seules assurer une transition ordonnée et complète de l'économie et encore moins assumer la responsabilité de réduire le risque posé par les changements climatiques à l'ensemble du secteur financier et à notre économie. Seul le gouvernement peut remplir cette fonction.

**[468]** La plupart des propositions de réforme financière de ces dernières années ont été centrées sur des systèmes de divulgation visant à cerner et à quantifier les risques financiers du changement climatique pour les entreprises, dans l'espoir que les acteurs du marché et les flux de capitaux évoluent en conséquence. À ce jour, ces initiatives ont été largement inefficaces, et le marché continue à ne pas prendre en compte de manière précise le risque climatique, ce qui nous fait perdre un temps précieux. Tant que les acteurs financiers au Canada ne seront pas soumis à des exigences strictes pour s'aligner sur nos engagements climatiques, nous ne verrons aucun mouvement significatif nous permettant d'atteindre nos objectifs. Une intervention ambitieuse et cohérente des pouvoirs publics est nécessaire pour ce faire.

**[469]** La *Loi sur la finance alignée sur le climat* représente une opportunité d'établir un cadre législatif juste et clair, applicable à toutes les institutions financières fédérales au pays, pour favoriser un effort concerté tout en minimisant les impacts disproportionnés sur les institutions individuelles. Elle offre une approche macroprudentielle de précaution qui atténuera les risques liés au changement climatique pour le système financier, mais aussi les dommages que le système financier inflige au climat. Cette nouvelle approche de précaution est une injonction à agir et à essayer de nouvelles interventions, car l'inaction permanente est le plus grand péril.

## BIBLIOGRAPHIE


BANQUE MONDIALE, *Émissions de CO2 (tonnes métriques par habitant)*, 2018, en ligne : <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/EN.ATM.CO2E.PC>.

BINGLER, J., M. KRAUS et M. LEIPPOLD, *Cheap Talk and Cherry-Picking: What ClimateBert has to say on Corporate Climate Risk Disclosures*, SSRN Scholarly Paper, 2 mars 2021.

CALDECOTT, B., *Aligning Finance for the Net Zero Economy: New ideas from leading thinkers*, septembre 2020.

CONSEIL DE STABILITÉ FINANCIÈRE, *The Implications of Climate Change for Financial Stability*, 23 novembre 2020, en ligne : <https://www.fsb.org/2020/11/the-implications-of-climate-change-for-financial-stability/>.

COOKE, P. et al., *Revealed: The Climate-Conflicted Directors Leading the World's Top Banks*, 2021, en ligne : <https://www.desmog.com/2021/04/06/revealed-climate-conflicted-directors-leading-the-worlds-top-banks/>.

CORPORATE KNIGHTS, *Tableau de bord des investissements responsables des régimes de retraite canadiens*, novembre 2021, en ligne : <https://institut.intelliprosperite.ca/sites/default/files/Investissements-Responsables.pdf>.

DAY, T. et al., *Corporate Climate Responsibility Monitor 2022*, 2022.

DEMPSEY, J. et al., *An Insecure Future: Canada's biggest public pensions are still banking on fossil fuels*, 2021, en ligne : <https://policyalternatives.ca/publications/reports/insecure-future>.

DIRECTEUR PARLEMENTAIRE DU BUDGET, *Renseignements supplémentaires – Le secteur de l'énergie et l'agriculture: Les recettes auxquelles renonce le gouvernement fédéral au titre de certaines dispositions fiscales*, 2021, en ligne : <https://www.pbo-dpb.ca/fr/additional-analyses--analyses-complementaires/BLOG-2122-005--additional-information-energy-sector-agriculture-federal-revenue-forgone-from-tax-provisions--renseignements-supplementaires-secteur-energie-agriculture-recettes-auxquelles-renonce-gouvernement->.

FINANCE WATCH, « Call for "one-for-one" prudential capital requirements on fossil fuel financing to prevent an economic crisis », 27 octobre 2021, en ligne : <https://

www.finance-watch.org/press-release/joint-press-release-call-for-one-for-one-prudential-capital-requirements-on-fossil-fuel-financing-to-prevent-an-economic-crisis/>.

GELZINIS, G., « Addressing Climate-Related Financial Risk Through Bank Capital Requirements », *Center for American Progress*, 11 mai 2021, en ligne : <https://www.americanprogress.org/article/addressing-climate-related-financial-risk-bank-capital-requirements/>.

GROUPE D'EXPERTS INTERGOUVERNEMENTAL SUR L'ÉVOLUTION DU CLIMAT (GIEC), *Climate change 2022 Impacts, Adaptation and Vulnerability*, 2022, en ligne : <https://report.ipcc.ch/ar6wg2/pdf/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf>.

GROUPE D'EXPERTS SUR LA FINANCE DURABLE, *Rapport final du Groupe d'experts sur la finance durable – Mobiliser la finance pour une croissance durable*, 2019, en ligne : <https://publications.gc.ca/site/archivee-archived.html?url=https://publications.gc.ca/collections/collection_2019/eccc/En4-350-2-2019-fra.pdf>.

HOOK, L. et M. VINCENT, « Green business reporting rules at risk of pale response », *Financial Times*, 12 novembre 2020.

INSTITUTE FOR SUSTAINABLE FINANCE, *Changing Gears: Sustainable Finance Progress in Canada*, 2021, en ligne : <https://smith.queensu.ca/centres/isf/pdfs/ISF-SustainableFinanceProgress.pdf>.

ISRAEL, B. et al., *The oilsands in a carbon-constrained Canada*, 2020, en ligne : <https://www.pembina.org/pub/oilsands-carbon-constrained-canada#:~:text=Key%20points%3A,become%20carbon%2Dneutral%20by%202050>.

KLUSAK, P. et al., *Rising Temperatures, Falling Ratings: The Effect of Climate Change on Sovereign Creditworthiness*, Energy Policy Research Group, University of Cambridge, 2021, en ligne : <https://ideas.repec.org/p/cam/camdae/2127.html>.

MCCLEARN, M., « Canada has committed to halt financing to the oil and gas industry. To understand what that really means, watch for the fine print », *The Globe and Mail*, 9 janvier 2022, en ligne : <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-canada-has-joined-a-global-movement-aiming-to-halt-financing-to-oil/?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>.

MCLACHLIN, B., *Enhanced governance in uncertain time, discours prononcé lors du gala de remise des prix de l'Institute of Corporate Directors' Fellowship*, discours prononcé lors du gala de remise des prix de l'Institute of Corporate Directors' Fellowship, Vancouver, 31 mai 2018 [Traduction].

MERCURE, J.-F. et al., « Macroeconomic impact of stranded fossil fuel assets », (2018) 8 *Nature Climate Change* 588-593.

ORESKES, N. et E. M. CONWAY, « Defeating the merchants of doubt », (2010) 465 *Nature* 686-687.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), « Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac », *WHO Framework Convention on Tobacco Control*, 2005.

RAINFOREST ACTION NETWORK, *Banking on Climate Chaos*, 2021, en ligne : <https://www.bankingonclimatechaos.org/>.

RIJK, G. et al., *Fossil fuel financing in Canada Financial flows & balance sheet impacts*, 27 juillet 2021, en ligne : <https://www.greenpeace.org/static/planet4-canada-stateless/2021/08/a0d71ee1-canadian-banks-fossil-fuel-financing-greenpeace-canada-july-2021.pdf>.

RESSOURCES NATURELLES CANADA, *Le Canada s'engage à cesser tout nouveau soutien public direct au secteur international de la production soutenue d'énergie à partir de combustibles fossiles d'ici la fin de 2022*, 4 novembre 2021, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ressources-naturelles-canada/nouvelles/2021/11/le-canada-sengage-a-cesser-tout-nouveau-soutien-public-direct-au-secteur-international-de-la-production-soutenue-denergie-a-partir-de-combustibles-.html>.

TUCKER, B. et al., *Still Digging: G20 Governments Continue to Finance the Climate Crisis*, mai 2020, en ligne : <https://priceofoil.org/content/uploads/2020/05/G20-Still-Digging.pdf>.

WILSON, C. et B. CALDECOTT. *Breaking the Bond: Primary Markets and Carbon-Intensive Financing*, SSRN Scholarly Paper, 15 juin 2021.

# RAPPORT DE SYNTHÈSE[241]



Martin DUMAS[242]



241 Le style oral utilisé lors du colloque a été conservé.

242 Professeur titulaire et avocat, Département des relations industrielles, codirecteur du Laboratoire interdisciplinaire sur la RSE (LIRSE), Université Laval (Canada).

**[470]** Je ne ferai pas une synthèse de ce qui a été dit, mais partagerai plutôt quelques commentaires éclairés par certaines lignes transversales des discours, de haute qualité, qui ont été prononcés. D'abord, ce qui me surprend toujours un peu, du point de vue d'un juriste de terrain, c'est que derrière une règle du droit à la protection s'élève typiquement une présomption d'efficience par sa mise en œuvre. Au passage mes recherches sont à l'intersection du droit étatique et non étatique, mais concernent aussi l'impact de ces derniers sur le terrain. Je m'intéresse donc aux impacts du droit, comment le droit, qu'il soit étatique ou non, parvient à atteindre ses objectifs. Et il me semble – c'est souvent le cas dans les discussions qui rassemblent les juristes – qu'on présume trop souvent que le droit qui existe ou le droit que l'on souhaite voir exister sera effectivement mis en œuvre, dans un premier temps. Et dans un second temps, on présumera plus sérieusement encore que ce droit protecteur sera efficace, c'est-à-dire qu'il atteindra l'objectif poursuivi s'il est effectivement mis en œuvre – en d'autres termes, que le droit est bien formulé. Ce sont deux présomptions de base, à mon avis, lorsqu'on examine les études de terrain bien menées, qui sont à l'origine de malentendus au sujet de la RSE et du « droit mou ». En portant attention à la qualité de la mise en œuvre du droit et de sa formulation, on saisit mieux l'utilité de la RSE, de ses normes, et on appréhende mieux leur légitimité; cette légitimité prend d'ailleurs de l'ampleur devant une application ou une formulation déficiente du droit étatique. Et c'est à cet égard qu'il importe de distinguer les concepts d'obligation légale et de responsabilité sociale, même si cela paraît évident *a priori*. La responsabilité sociale n'est pas absorbée en tous les cas par la responsabilité légale. La responsabilité sociale, par définition, émane d'attentes sociales qui ne trouvent pas forcément leur reflet dans la législation de l'État. C'est aussi rappeler, concrètement, qu'une sanction étatique qui accompagne une norme étatique ne va pas forcément de pair avec la sanction sociale ou économique qui signale un manquement à l'endroit des attentes sociales. Ces distinctions s'imposent avec plus de rigueur encore lorsque, dans un pays comme la France ou l'Inde par exemple, le concept même de RSE est intégré dans le corpus législatif de l'État. Car cette intégration, jamais parfaite, il faut bien le comprendre, n'a jamais pour effet de faire disparaître les attentes sociales, les obligations qui y sont associées et les sanctions sociales ou économiques qui peuvent accompagner le non-respect de ces attentes. Toute entreprise, grande ou petite, est fondée sur un socle d'acceptabilité sociale, ne l'oublions pas. Et donc ces normes qui émergent en marge du droit étatique sont toujours présentes. Tantôt elles marchent main dans la main avec le droit étatique, et c'est souvent le cas en Europe de l'Ouest à titre d'exemple. Tantôt, elles ne s'accordent pas très bien avec le droit étatique, et il importe de bien en prendre la mesure. Pour illustrer cela, on pourrait imaginer un diagramme formé par deux axes qui distingueraient entre quatre types de RSE (d'accompagnement, d'engagement, d'initiative et même d'opposition) en fonction de la qualité de la mise en œuvre du droit, d'une part, et la qualité de sa formulation, d'autre part. Le temps manque pour donner des exemples de ces quatre types de RSE, mais il faut envisager ces types à l'aune du réalisme et en accepter les conséquences : plutôt que de déplorer la mollesse de certaines normes, il m'apparaît plus utile d'examiner comment deux univers de régulation peuvent s'alimenter, s'éclairer au regard de résultats obtenus sur le terrain.

**[471]** Deuxième constat. On a beaucoup parlé, au travers des discussions, de l'importance de la transparence, un concept autour duquel, reconnaissons-le, se déploie une certaine aura. Mais cette transparence, les études de terrain sérieuses nous le montrent, peut présenter un danger si le contenu porté par elle ne se trouve pas suffisamment contextualisé. C'est un message à lancer au législateur, mais aussi à la société civile qui développe ses propres normes, nourrit ses propres attentes. C'est aussi un message à lancer à ceux qui veulent informer davantage des actionnaires et des consommateurs non avertis. Si on ne contextualise pas suffisamment certaines informations sensibles, on peut engendrer des conséquences non intentionnelles, des effets pervers typiquement étudiés par les économistes et d'autres spécialistes des sciences sociales.

**[472]** Pour mieux fixer les idées, et sans remplacer une critique transversale par le récit d'une histoire personnelle, j'aimerais fournir un exemple récent qui illustre certaines des difficultés contemplées ici. Il y a quelques mois, je me trouvais dans une grande usine d'Afrique de l'Ouest, dans laquelle des centaines de travailleuses œuvraient à extraire des noix de cajou de leur enveloppe naturelle. L'enveloppe qui entoure la noix de cajou est toxique, et munies de gants de mauvaise qualité, les travailleuses se détruisaient les mains. C'était le lot de ces femmes depuis plus de vingt-cinq ans dans cette grande entreprise et les moyens du droit étatique s'avéraient incapables de résoudre le problème – inspecteurs et maires corrompus, ministre de l'Environnement sur un siège éjectable, rien ne fonctionnait du côté de l'État protecteur. Mais une simple étude de terrain menée adroitement, des photos des mains des travailleuses et des informations très précises sur ce qui se passait dans l'usine, un seul courriel de mon laboratoire, bilingue, avec copie conforme à deux grands journaux internationaux ainsi qu'aux actionnaires majoritaires à Singapour, ont suffi à résoudre le problème. Quelques semaines plus tard, environ deux mille travailleuses ont reçu des bottes neuves sécuritaires et des gants d'une qualité largement supérieure à ce qui est exigé en droit local. Voyez comment une petite organisation non étatique peut intervenir et se révéler plus efficace ici que l'appareil étatique d'un pays de la côte ouest. Mais c'est sans commenter sur l'importance de ne pas lancer de boycott avant d'explorer toutes autres avenues utiles, dans la mesure où la perte d'emploi en réaction à un boycott rapidement organisé pourrait causer autant (voire plus) de tort que de bien dans plusieurs cas. La *crainte* d'un boycott, ainsi, peut s'avérer une arme aussi redoutable qu'efficace. Dans tous les cas, sans la capacité d'apporter les nuances nécessaires à la mise en œuvre de telles sanctions, il est illusoire de faire la promotion de la transparence sans risquer d'entraîner les effets pervers d'une régulation trop unilatérale.

**[473]** S'agissant de la capacité d'intervention de la société civile, et des consommateurs en particulier, j'aimerais préciser qu'effectivement, elle est plus simple lorsqu'elle implique, dans sa sanction, le ciblage de produits alimentaires ou textiles, mais rien n'interdit en principe de viser efficacement des produits plus dérivés, comme l'extraction des minerais servant à fabriquer des voitures électriques. On sait que la voiture électrique est un produit perçu comme le symbole de la numérisation et de la décarbonisation du monde, mais quand on s'interroge sur la manière dont sont extraits les métaux rares des terres, on se pose alors des questions sur le droit du travail et sur le respect des normes environnementales. Dans la foulée, ce symbole, une fois

confronté à la réalité, n'est rien de moins que la somme de ses composantes, à faire connaître. Le combat du travail, du social et de l'environnemental dans un même lot représente un grand défi. Peut-être un nouveau sport, même si ce n'est pas celui qui est envisagé par la jeune *Loi sur la démocratisation du sport*. Mais voilà, est-ce un « même combat » ? On peut en douter. Prenons l'exemple des orpailleurs artisanaux qui n'ont d'autres moyens de survivre que de procéder eux-mêmes, avec leurs propres techniques, à l'extraction de l'or. Ils ont un travail rémunérateur, mais souvent aux dépends du déversement de produits toxiques dans des veines d'eau potable, faute de solutions peu coûteuses. On note ainsi la présence d'arbitrages difficiles entre la réalisation des objectifs du droit social et le respect du droit environnemental. Sur le plan de la RSE, une entreprise pourra tolérer la présence illégale de ces orpailleurs sur les terres dont elle exploite le sous-sol (dont le droit d'usage est attesté en droit au bénéfice de l'entreprise minière) parce que ces travailleurs identifient plus facilement les filons d'or les plus prometteurs, au stade de l'exploration. On découvre ainsi, à court terme, une situation de type gagnant-gagnant en « droit mou », si l'on veut. Par contraste, on y tolère la présence illégale de travailleurs qui, en retour, tirent leurs revenus de subsistance d'activités non reconnues par l'État, mais qui s'avèrent bénéfiques pour l'entreprise exploitante. Dans le même temps, à long terme, il est probable que ces activités illégales mettent en péril la qualité de l'eau des villages de ces mêmes travailleurs. Peut-on compter sur l'adoption de conventions générales internationales ou nationales pour solutionner ce type de problème tentaculaire ? Il est permis d'en douter. C'est peut-être la raison pour laquelle il existe des cadres beaucoup plus informels, plus flexibles, permettant de résoudre des problèmes fort complexes au niveau local. Voilà un premier commentaire en guise de conclusion.



**[474]** Je souhaiterais enfin souligner que, lorsqu'on parle de lutte aux changements climatiques, on ne sait jamais exactement de quel objectif il s'agit. Des experts soutiennent que si l'on cherche d'abord à prévenir ces changements climatiques, il est déjà trop tard; nous serions déjà engagés dans le processus d'adaptation à ces changements. Mais alors, si l'on entend s'adapter aux changements climatiques, est-ce au prix d'une aggravation de certains autres problèmes environnementaux et sociaux ? Pour fixer les idées, songeons aux entreprises d'Elon Musk, souvent considérées comme des modèles d'entreprises d'avenir. Au sujet de *Tesla* : nos études montrent que l'extraction des minerais nécessaires à la fabrication des voitures électriques ne se fait pas dans des conditions acceptables. Au sujet de *SpaceX :* l'entreprise est fondée sur l'idée que la planète Terre entière deviendra une poubelle à long terme et que l'on devrait coloniser Mars pour cette raison. Une question fondamentale se pose dans le cadre de la RSE : cherche-t-on d'abord à bien survivre sur Terre dans un souci de relative équité ou cherche-t-on d'abord à créer un univers confortable pour les uns, aux côtés d'une Terre-poubelle pour les autres ? Il s'agit peut-être de la question phare à se poser, à l'aube de ce siècle. Une chose est certaine : nous aurons à répondre à de difficiles arbitrages au cours de ce siècle, ou c'est ce dernier qui nous les imposera.

# BIOGRAPHIE DES AUTEUR.E.S

**[475] Yassine BEN MESSAOUD** est étudiant-chercheur inscrit au doctorat en droit des affaires en cotutelle à l'Université Laval et à l'Université de Bordeaux. Il est notamment titulaire d'une bourse doctorale de l'Université de Bordeaux et de la bourse d'excellence Paule Gauthier. Il est membre du Centre d'étude en droit économique (CÉDÉ) et de l'Institut de recherche en éthique appliquée (IDÉA). Il est titulaire d'une licence en droit et d'une maîtrise en droit des affaires et fiscalité de l'Université de Bordeaux. Son projet de thèse porte sur l'analyse comparative des entreprises à mission entre les États-Unis, le Canada et la France. Yassine Ben Messaoud s'intéresse, dans le cadre de ses recherches combinant droit et sciences de gestion, aux lois, réglementations et décisions judiciaires spécifiques à chaque pays, et propose des études de cas sur des entreprises à mission opérant dans différents secteurs économiques. Il est notamment auteur d'un article intitulé « La raison d'être : décryptage d'une innovation en droit des sociétés - Regard français » paru dans la revue *Les Cahiers de droit*.

**[476] Juliette CAMY** est docteure en droit et assistante temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'Université Paris-Panthéon-Assas. Elle a soutenu sa thèse de doctorat à l'Université Paris Nanterre en juin 2022. Sa thèse est dédiée à la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux. Elle y étudie le devoir de vigilance en droit français et le *duty of care* en droit anglais. Ses recherches portent sur la gouvernance de l'entreprise transnationale et le développement de nouveaux instruments juridiques visant à appréhender l'impact de ces entreprises sur les droits de l'Homme et sur l'environnement. Depuis 2021, elle est assistante de recherche dans le cadre d'un projet de recherche sur la transition écologique du droit économique (Mission de recherche *Droit et Justice*, projet dirigé par A.-S. Epstein, M. A. Chardeaux et G. J. Martin).



**[477] Soro COULIBALY** est candidat au doctorat en droit à l'Université Laval. Sa thèse est intitulée : « La divulgation des entreprises minières transnationales canadiennes en Afrique. Responsabiliser par l'information ? ». Ses champs d'expertise sont le droit des affaires, la gouvernance d'entreprise et les industries extractives. Soro Coulibaly est membre du Centre d'étude en droit économique (CÉDÉ) et de l'Institut EDS. Il est par ailleurs membre de l'Ordre des administrateurs agréés du Québec (Adm.A.), arbitre associé à *The Chartered Institute of Arbitrators* (ACIArb) de Londres et inspecteur des mines certifié en Côte d'Ivoire.



**[478] Géraud DE LASSUS SAINT-GENIÈS** est professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Laval. Diplômé de l'Université Paris Nanterre, de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de l'Université Laval, il s'intéresse principalement au droit national et international de l'environnement et des changements climatiques. Ses travaux de recherche les plus récents portent notamment sur le droit des marchés du carbone. En lien avec cette thématique, il a entre autres dirigé un numéro spécial de la revue *Climate Law* consacré à l'article 6 de l'*Accord de Paris* et préparé des rapports à titre d'expert indépendant pour la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et l'Institut de la francophonie pour le développement durable.

**[479] Bruno DONDERO** et professeur de droit à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne. Il est également avocat associé au sein du cabinet CMS Francis Lefebvre, où il est responsable de l'équipe de doctrine juridique. Bruno Dondero est plus

particulièrement spécialisé en droit des sociétés et des fusions-acquisitions, en droit des contrats et en droit financier. Il est l'auteur de nombreuses publications dans ces domaines. De plus, il est président de la commission juridique de la CPME (Confédération des petites et moyennes entreprises).

**[480]** Avocat et chercheur, **Martin DUMAS** a étudié les sciences sociales et le droit à Québec, Oxford, Toronto et Londres, et exercé à divers titres le droit du travail et des affaires à Montréal et Toronto entre 1997 et 2001. De 2002 à 2005, il a œuvré à titre de conseiller international en matière de travail auprès du secrétariat institué en vertu de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (Canada/États-Unis/Mexique) à Washington D.C. et conseille diverses organisations locales et internationales depuis lors. Titulaire d'un doctorat en droit de la *London School of Economics and Political Science*, ses travaux pionniers aux intersections du droit étatique et non étatique préfigurent le développement original du droit consumocratique. Il a participé aux travaux de plusieurs organes de recherche nationaux et étrangers et publié dans des revues spécialisées en droit, en sociologie et en économie. Il est récipiendaire de divers prix et distinctions scientifiques, juridiques et littéraires. Enseignant à l'Université Laval depuis 2009, il fut professeur invité au sein de diverses facultés de droit et d'administration. Membre du CRIMT depuis sa fondation, il codirige depuis 2016 le Laboratoire interdisciplinaire de la responsabilité sociale des entreprises (LIRSE) ainsi que le Groupe de recherche intervention sur les minières en Afrique et le développement durable (GRIMADD) depuis 2020.

**[481]** L'honorable **Rosa GALVEZ** est ingénieure environnementale, sénatrice indépendante du Québec et présidente du Réseau parlementaire sur le changement climatique de ParlAmericas. Elle a été professeure à l'Université Laval à Québec pendant plus de 25 ans et a dirigé le Département de génie civil et de génie des eaux de 2011 à 2016. Elle se spécialise en contrôle de pollution, en traitement des eaux et des eaux usées, en gestion de déchets, en développement durable, en évaluation d'impacts et en risque climatique sur l'infrastructure. Au Sénat du Canada, elle est présidente du Comité permanent de l'énergie, de l'environnement et des ressources naturelles et membre du Comité permanent des finances nationales. En 2021, elle a parrainé au Sénat la *Loi canadienne sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, fournissant un cadre de responsabilité au gouvernement fédéral canadien pour atteindre son objectif d'émissions nettes zéro d'ici 2050. Elle a également reçu le prix Clean50 2021 et le prix Top 25 Women of Influence 2023 pour son travail parlementaire sur le climat et l'environnement. En mars 2022, elle a publié le livre blanc *Aligner la finance canadienne sur les engagements climatiques* qui a mené à l'introduction du projet de loi S-243, la *Loi sur la finance alignée sur le climat*, une loi visant à guider le secteur financier du Canada dans sa transition vers une économie à faibles émissions de carbone.

**[482] Loïc GEELHAND DE MERXEM** est étudiant-chercheur inscrit au doctorat en droit des affaires à l'Université Laval en cotutelle avec l'Université du Luxembourg (Luxembourg). Il est membre du du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) et de l'Institut EDS. Ses recherches portent sur le droit des valeurs mobilières, le *reporting* des grandes entreprises et la responsabilité de ces dernières à l'aune des enjeux contemporains, dont le changement climatique. Le titre de son projet de thèse est « La

matérialité du *reporting* climatique des grandes entreprises pétrolières et gazières ». Loïc Geelhand de Merxem est l'auteur de plusieurs articles et chapitres de livres. Il a notamment publié un article dans la revue *Les Cahiers de droit* (« Le *reporting* extrafinancier : une construction normative inachevée ») qui s'est vu récompensé par le prix Relève étoile Paul-Gérin-Lajoie du FRQSC.

**[483] Ana-Maria ILCHEVA** est docteure en droit qualifiée aux fonctions de maître de conférences (section 01) et actuellement chargée d'enseignement à l'Université Côte d'Azur. Elle est l'autrice d'une thèse intitulée « L'entreprise et la lutte contre le changement climatique : étude juridique » et de nombreuses publications portant sur l'articulation entre le droit économique et le droit de l'environnement. Ses travaux de recherche concernent ainsi principalement la gestion juridique des risques liés au changement climatique, la transition écologique du droit économique, plus particulièrement les mutations contemporaines du droit des sociétés, la finance durable, la responsabilité sociale de l'entreprise et l'appréhension par le droit de la responsabilité du phénomène du changement climatique.

**[484] Alexis LANGENFELD** est étudiant-chercheur inscrit au doctorat en droit des affaires à l'Université Laval. Il est notamment titulaire d'une bourse doctorale du FRQSC et d'une bourse doctorale Bertram. Il est membre du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) et de l'Institut EDS. Alexis Langenfeld est titulaire d'une licence en droit de l'Université de Rennes 1 et d'une maîtrise en droit des affaires de l'Université Laval. Son projet de thèse porte sur les groupes de sociétés et les enjeux de RSE. Alexis Langenfeld s'intéresse aux liens entre le droit et la RSE, souvent à travers une approche de droit comparé. Cela l'a conduit à mener des recherches sur l'impact des évolutions du droit des sociétés par actions et du droit international privé sur la responsabilisation des entreprises. Alexis Langenfeld est auteur et coauteur de plusieurs publications scientifiques. Il est notamment auteur d'un article intitulé « La responsabilité des sociétés mères : les pas en avant des cours suprêmes anglaise et canadienne » pour lequel il est récipiendaire du Prix Relève étoile Paul-Gérin-Lajoie du FRQSC.

**[485] Jérôme LUSSIER** est directeur des affaires parlementaires pour la Sénatrice Julie Miville-Dechêne depuis l'automne 2021. Avant d'occuper ce poste, il a travaillé comme directeur des politiques au cabinet de l'opposition officielle, à l'Assemblée nationale du Québec, puis auparavant comme directeur, investissement durable et directeur, affaires publiques, à la Caisse de dépôt et placement du Québec. Il a été recherchiste et chroniqueur pour Radio-Canada, VOIR et l'Actualité, et il est co-fondateur de la plateforme Vaste Programme. Entre 2003 et 2008, il a travaillé comme avocat en droit des affaires et en litige à New York et à Montréal. Jérôme Lussier est bachelier de l'Université McGill, il détient une maîtrise en journalisme de l'Université Columbia et est diplômé en droit (BCL/LL.B) de l'Université McGill.

**[486]** La Sénatrice indépendante **Julie Miville-Dechêne** a été nommée au Sénat en juin 2018. Auparavant, elle a exercé pendant 25 ans avec passion le métier de journaliste télé au Canada et à l'étranger pour la Société Radio-Canada (SRC). En 2007, elle devient la première femme ombudsman de la SRC. En 2011, elle est nommée présidente du Conseil du statut de la femme par le gouvernement du Québec.

Depuis sa nomination, la Sénatrice Miville-Dechêne a déposé deux projets de loi d'intérêt public au Sénat : le projet de loi S-211, un projet de loi contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement; et le projet de loi S-210 qui exigerait la mise en œuvre de méthodes de vérification de l'âge pour protéger les mineurs contre l'exposition à la pornographie en ligne. Madame Miville-Dechêne est détentrice d'une maîtrise en journalisme de l'Université Columbia de New York et d'un diplôme de 2e cycle en Prévention et règlement de conflits de l'Université de Sherbrooke.

**[487] Juliette PETIT** est étudiante, chercheuse, inscrite au doctorat en droit des sociétés, en cotutelle à l'Université du Luxembourg et à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Après avoir obtenu un double diplôme en droit anglais et français et un Master 2 en droit anglais et nord-américain des affaires, elle s'est tournée vers la recherche. Ses travaux portent sur le droit des sociétés, le droit comparé, la gouvernance durable et la question de la place de l'entreprise face à la crise climatique. Son projet de thèse s'intitule « La notion de gouvernance durable en droit belge, français et luxembourgeois – Comment réconcilier objectifs environnementaux et intérêts financiers ? ».

**[488] Margaux MORTEO** est titulaire d'une licence de droit, économie et gestion, mention droit privé général – droit des affaires, ainsi que d'une maitrise de droit, économie et gestion, mention droit international et européen de l'Université de Nice Sophia-Antipolis. Actuellement étudiante au doctorat à la Faculté de droit de l'Université Laval et à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne (« Finance d'impact : quelles nouvelles normes pour l'état et le marché ? », les recherches de Margaux Morteo s'inscrivent dans les domaines de la responsabilité sociétale des entreprises et de la finance sociale. En plus d'avoir travaillé comme auxiliaire d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit de l'Université Laval, elle a coordonné le Laboratoire interdisciplinaire de la responsabilité sociale des entreprises (LIRSE). Elle est actuellement chargée de cours en droit des affaires à l'Université Nice Sophia-Antipolis. Margaux Morteo est récipiendaire de la Bourse Yvon Martineau 2017 récompensant un étudiant à la maitrise de droit avec mémoire et de la Bourse d'excellence Paule-Gauthier/Stein Monast 2018.

**[489] Irina PARACHKEVOVA-RACINE** est professeure de droit privé à l'Université Côte d'Azur. Elle est spécialiste de droit des sociétés. Ses travaux relèvent de l'École de droit économique de Nice et illustrent un intérêt prononcé pour la question du pouvoir et de la responsabilité des acteurs de la société (dirigeants, actionnaires), ainsi qu'une préoccupation croissante à l'égard de la contribution du droit de l'entreprise à la prise en charge des dégâts sociaux et environnementaux causés par les activités économiques. Ses principaux thèmes de recherche sont la gouvernance d'entreprise, la restructuration des sociétés en difficulté, la transition écologique et solidaire et la transformation numérique.

**[490] Hélène SAMSON** est directrice de l'encadrement prudentiel et des simulations au sein de l'Autorité des marchés financiers. Son équipe multidisciplinaire est dédiée à l'encadrement prudentiel et réglementaire des institutions financières faisant affaire au Québec, à l'exception des banques. Un volet touchant la préparation en cas de crise

(chez les institutions financières) fait également partie du mandat de sa direction. Hélène Samson dirige ou participe activement à divers groupes de travail tant à l'Autorité que sur la scène nationale ou internationale; lesquels comités portent sur des sujets très contemporains comme les Fintechs, l'identité numérique, les changements climatiques et les catastrophes naturelles ou encore la résilience opérationnelle. Hélène Samson est fréquemment interpellée pour participer à des colloques ou des conférences afin de mettre en lumière le point de vue du régulateur eu égard à divers risques ou sujets.

**[491] Ivan TCHOTOURIAN** est professeur en droit des affaires, gouvernance et responsabilité sociale à la Faculté de droit de l'Université Laval. Auteur de nombreuses publications, il est directeur de l'Institut d'éthique appliquée (IDÉA), ancien codirecteur du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ), membre-fondateur du Laboratoire interdisciplinaire de la responsabilité sociale des entreprises (LIRSE) et chercheur régulier de l'Institut EDS. En plus d'un MBA, Ivan Tchotourian est titulaire d'un doctorat en droit et est un ancien boursier Lavoisier (EGIDE). Ses champs d'expertise sont la gouvernance d'entreprise, le droit des sociétés, le droit des valeurs mobilières et la responsabilité sociale des entreprises. En plus de participer régulièrement à des conférences internationales et d'apporter son expertise dans des instances nationales, Ivan Tchotourian a de nombreuses publications à son actif dans des revues prestigieuses et des ouvrages en langues française et anglaise. Ivan Tchotourian est membre de plusieurs associations universitaires nationales et internationales. Il a fondé en 2015 le blogue *Droit de l'entreprise : gouvernance comparée et responsabilité sociétale* qu'il anime depuis.



**[492] Théo VUARNET** est doctorant contractuel à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne (France). Il rédige une thèse en droit privé sous la direction du professeur Bertrand Fages portant sur le conseil d'administration et la stratégie de l'entreprise. Ses domaines de recherche sont le droit des sociétés et le droit des affaires et il s'intéresse aussi à la *Corporate Governance* et à la RSE. En 2022, il était invité par l'Institut de droit européen et comparé (*Institute of European and Comparative Law*) de l'Université d'Oxford et par la Maison française d'Oxford (Angleterre) à mener ses recherches en droit comparé des sociétés.

**[493] Matthieu ZOLOMIAN** est maître de conférences en droit privé à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne entre 2016 et 2022, puis à l'Université d'Angers depuis 2022. Il possède un doctorat de droit privé à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne obtenu en 2014, sa thèse portant sur « Le contrôle de la gestion des sociétés cotées ». Ses travaux de recherche portent principalement sur le droit des sociétés, la gouvernance et la responsabilité sociétale des entreprises.