
Les conférences de la revue

**Troisième conférence,
prononcée par l'honorable Marie Deschamps
À propos de la licence sociale des sociétés par actions
Le 6 février 2017**

La recherche d'une licence sociale par les sociétés par actions est-elle un leurre ?

*L'honorable Marie DESCHAMPS**

(C.C., Ad. E., LL.M.)

Juristes, commentateurs et gestionnaires ne partagent pas tous la même vision des obligations des dirigeants des sociétés par actions à l'égard des parties prenantes. Pour certains, que la priorité revienne aux actionnaires relève du dogme. Pour d'autres, dont plusieurs dirigeants de sociétés par actions, tenir compte des parties prenantes est un incontournable. Dans ce texte, l'auteure retrace quelques jalons du débat entre défenseurs et détracteurs des deux thèses et avance que ceux qui prônent encore la primauté des actionnaires sont dépassés par la pratique. La responsabilité sociale des entreprises, qui incorpore les grands principes de la théorie des parties prenantes, s'est imposée, évoluant même vers la notion autonome de licence sociale. Pour les dirigeants des sociétés par actions, surtout celles qui évoluent dans le domaine des ressources naturelles, ne pas tenir compte de l'exigence d'une licence sociale peut signifier qu'ils exposent la société qu'ils dirigent à des risques qui peuvent engendrer leur responsabilité.

Introduction

Le droit commercial est parfois vu comme un sujet abstrait. Pourtant, les décisions des conseils d'administration influencent de façon concrète notre vie de tous les jours. Les administrateurs sont d'ailleurs soumis à un niveau d'examen qui fait l'histoire, mais aussi l'actualité. Un sujet a fait régulièrement surface récemment. Il s'agit de l'émergence d'une obligation

* Je remercie madame Anne Talbot, doctorante à l'Université de Montréal, pour son assistance dans la recherche et la préparation de cette présentation.

pour les administrateurs de s'assurer que la société qu'ils dirigent détient une licence sociale¹.

Ce sujet fait l'actualité parce qu'il est invoqué – souvent avec grande émotion – dans le contexte de projets que les Canadiens ont à cœur : je fais ici référence au développement des ressources naturelles. Il fait aussi l'histoire en ce sens qu'il est une des facettes d'un vieux débat sur les obligations des administrateurs de sociétés par actions.

Comme je l'expliquerai plus loin, la notion de licence sociale constituerait selon plusieurs personnes une exigence liée à l'exploitation d'une entreprise. Elle est pourtant critiquée pour son imprécision, pour son absence de fondement juridique et même pour son effet perturbateur. Ces critiques rappellent celles formulées au sujet de la théorie des parties prenantes et, plus récemment, du concept maintenant bien établi de responsabilité sociale des entreprises.

Contrairement à ces critiques, je suis d'avis que la reconnaissance de l'exigence d'une licence sociale constitue une évolution des règles de bonne gouvernance qui se situe dans le prolongement de l'approche canadienne aux droits et obligations des administrateurs. Il s'agit là d'une prise de conscience de la vigie qu'exercent maintenant les communautés et organisations locales et internationales sur les activités qui les affectent ou auxquelles elles s'intéressent. Une telle veille active fait contrepoids aux pressions qui relèvent selon moi d'une vision étroite du capitalisme et qui favorisent les actionnaires au détriment d'un plus large faisceau de parties prenantes. Cette évolution de la gouvernance des entreprises constitue une illustration, après tant d'autres, de cas où la pratique précède la théorie, de cas où la réalité commerciale établit ses règles avant que les juristes ne se soient entendus sur les concepts qui prévalent.

Pour répondre à la question que je pose dans le titre de ma présentation, je reviendrai d'abord sur les discussions portant sur les devoirs et obligations des administrateurs, les replaçant dans le contexte de l'évolution de la pratique managériale qui a intégré le concept de la responsabilité sociale des entreprises (ci-après « RSE »). Je ferai ensuite un survol des conditions d'obtention de la licence sociale.

¹ Je décris cette notion plus amplement ci-dessous, mais j'indique tout de suite que je réfère ici au phénomène d'approbation des activités des sociétés par les parties prenantes.

I. Retour aux sources

L'approche suivant laquelle les administrateurs gèrent les sociétés par actions dans l'intérêt des actionnaires est considérée par plusieurs universitaires et praticiens comme un dogme. Cependant, je remarque que cette thèse n'est pas aussi uniformément acceptée qu'ils le clament. Ni l'histoire, ni l'analyse des législations les plus répandues dans les pays d'influence anglaise ne confirment, selon moi, que les actionnaires constituent le point focal de la gouvernance des sociétés par actions.

A. Regard historique

Je ne remonterai pas au droit romain, où l'on connaissait déjà le concept de société, mais me limiterai à l'évolution des sociétés par actions dans les pays qui ont influencé notre droit et qui continuent de nous inspirer. Dès le XVIII^e siècle, l'État anglais intervient pour contrôler la formation de personnes morales et l'émission d'actions. L'intervention la plus connue est celle du *Bubble Act*² de 1720 qui assujettit la formation d'une société par actions à l'émission d'une charte royale. Selon Blackstone, dans les commentaires sur les lois anglaises qu'il publie de 1765 à 1769, le principal objectif poursuivi lors de la formation d'une société par actions est d'éviter une interruption dans la détention des biens et dans le déroulement des affaires – les humains meurent, pas les personnes morales³. La recherche du profit ne paraît pas dans les fins énumérées par Blackstone. Tout comme les sociétés religieuses, les sociétés civiles sont créées pour des buts spécifiques permettant de servir le bien commun⁴. La création de la Compagnie de la Baie d'Hudson est un exemple bien présent au Canada. Dans sa charte, on y lit que Charles II la crée parce qu'il est désireux de promouvoir toutes les initiatives qui sont poursuivies pour le bien public (« desirous to promote all Endeavours tending to the publick Good of our People »)⁵. D'ailleurs, la Compagnie de la Baie d'Hudson était investie de

² 6 Geo I, c. 18 (UK).

³ Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Clark, The Lawbook Exchange, 2006, en ligne: <<http://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/bla-118/>> (consulté le 8 décembre 2017), chapitre XVIII.

⁴ *Id.*

⁵ HUDSON'S BAY COMPANY, *Text of HBC's Royal Charter*, en ligne: <<http://www.hbc.heritage.ca/hbcheritage/collections/archival/charter/charter>> (consulté le 8 décembre 2017).

pouvoirs quasi gouvernementaux. Bien que les sociétés par actions se soient progressivement délestées de l'obligation d'agir pour le bien public, le modèle dominant demeure celui où l'État joue un rôle essentiel en contrôlant leur formation et en établissant une division des pouvoirs entre les administrateurs et les actionnaires, ce qui rend d'autant plus important l'examen des législations.

B. Examen des législations

De l'histoire, je passe donc aux législations modernes telles qu'interprétées par les tribunaux, et n'y trouve pas non plus une base solide pour soutenir la thèse de la primauté des actionnaires. Cette constatation ressort bien du débat qui s'élève au début du XX^e siècle sur le rôle des sociétés. Deux thèses s'opposent : d'une part, celle suivant laquelle les administrateurs gèrent dans le but prioritaire de faire profiter la mise des actionnaires et, d'autre part, celle qui veut que les administrateurs soient redevables à la société elle-même, leur permettant de tenir compte des intérêts de l'ensemble des parties prenantes.

La thèse de la primauté des actionnaires est bien illustrée par l'arrêt *Dodge v. Ford Motor Co.*⁶. Dans cette affaire, M. Ford, qui était à la fois PDG et actionnaire principal de la compagnie Ford, avait annoncé son intention de réduire le dividende. La petite histoire veut que son motif ait été moins noble que ne le laisse voir la décision judiciaire et qu'en fait, il ait voulu réduire les avantages payables aux frères Dodge, lesquels étaient non seulement actionnaires de Ford, mais surtout des concurrents potentiels de l'entreprise. Quoi qu'il en soit, la doctrine a plutôt retenu le motif fourni par le juge au soutien de sa décision. Celui-ci cite le témoignage de M. Ford pour rejeter ce qui est désigné de nos jours par l'expression « thèse des parties prenantes ». Il écrit :

My ambition, said Mr. Ford, is to employ still more men, to spread the benefits of this industrial system to the greatest possible number, to help them build up their lives and their homes. To do this we are putting the greatest share of our profits back in the business.⁷

⁶ 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (Mich. 1919).

⁷ *Id.*, 468, 671.

Loin d'approuver cette approche, le juge se prononce en faveur des actionnaires, les frères Dodge, en affirmant :

A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.⁸

Même si l'arrêt *Ford* est quelque peu isolé, deux juristes réputés portent le débat sur la place publique. L'un, le professeur Adolph Berle, soutient la thèse de la primauté des actionnaires⁹, l'autre, le professeur Merrick Dodd, celle des parties prenantes¹⁰. Le Professeur Berle concède éventuellement que son collègue a raison¹¹. Le débat aurait probablement pris fin, n'eût été l'impulsion du réputé Milton Friedman qui soutient, dans un ouvrage publié en 1964, que le seul rôle social des sociétés est de faire des profits¹².

À ce jour, chacune des deux thèses a ses défenseurs et ses détracteurs. Des justifications théoriques et pratiques sont invoquées au soutien de chacune d'elles. Suivant la thèse de la primauté des actionnaires, la société est une fiction qui peut être instrumentalisée par ces derniers pour maximiser leur investissement. Pour eux, les actionnaires sont, en réalité, les propriétaires de la société. Pour éviter que les administrateurs soient tentés de poursuivre leur propre intérêt, il est important d'établir explicitement qu'ils ne sont que les agents des actionnaires¹³.

Les partisans de la thèse des parties prenantes avancent pour leur part qu'il n'est pas justifié de prioriser les intérêts des actionnaires. Pour eux, il est clair que ceux-ci sont propriétaires de leurs actions, mais non des biens

⁸ *Id.*, 507, 684.

⁹ Adolf A. BERLE, «For Whom Corporate Managers are Trustees, a Note», (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 1365.

¹⁰ E. Merrick DODD Jr., «For Whom are Corporate Managers Trustees?», (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 1145, 1156.

¹¹ Adolf A. BERLE, *The 20th Century Capitalist Revolution*, San Diego, Harcourt, 1954, p. 169.

¹² Milton FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 133 : «There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits.»

¹³ A. A. BERLE, préc., note 9 ; Henry HANSMANN et Reiner KRAKMAN, «The End of History for Corporate Law», (2000) 89 *Geo. L.J.* 439 ; Richard R. ELLSWORTH, *Leading with Purpose: the New Corporate Realities*, Stanford, Stanford University Press, 2002.

de la société. Ils ont le droit de recevoir des informations, de voter pour élire les administrateurs et d'autoriser certaines propositions, de contester certaines décisions, et de vendre leurs actions. Ils n'ont cependant aucun droit acquis à une distribution de profits puisque les administrateurs n'ont aucune obligation de voter pour l'émission d'un dividende. Les défenseurs de la thèse des parties prenantes soutiennent aussi que les actionnaires ne sont pas les seuls à risque en cas de déconfiture. Un grand nombre de parties prenantes sont susceptibles de subir des pertes dans cette circonstance, qu'il s'agisse des employés, des fournisseurs ou des communautés locales¹⁴.

Dans la deuxième moitié du XX^e siècle, pendant que les commentateurs discutent, les tribunaux sont saisis de la question. Les décisions des administrateurs sont parfois contestées sur la base de leur prise en compte d'intérêts autres que ceux des actionnaires, mais les tribunaux rejettent le plus souvent ces recours et laissent une large marge de manœuvre au conseil d'administration. Par exemple, dans l'affaire *Wrigley*¹⁵, le Tribunal a rejeté le recours d'un actionnaire qui contestait le refus des administrateurs des Cubs de Chicago d'éclairer le terrain de baseball en soirée. L'actionnaire invoquait que la décision aurait amélioré les revenus du club, qui était alors en difficultés financières. Selon l'actionnaire, le conseil était influencé par des considérations sociales non pertinentes.

On peut observer, dans des décisions comme *Wrigley*, la mise en place des jalons de la règle de l'appréciation commerciale, mieux connue en anglais comme le « *business judgment rule* ». Cependant, la référence explicite aux intérêts sociaux se situe aussi dans la ligne de pensée des partisans de la théorie des parties prenantes. Il ressort du jugement que l'intérêt de la société n'est pas synonyme de l'intérêt des actionnaires. On y lit :

Plaintiff in the instant case argues that the directors are acting for reasons unrelated to the financial interest and welfare of the Cubs. However, we are not satisfied that the motives assigned to Philip K. Wrigley, and through him to the other directors, are contrary to the best interests of the corporation and

¹⁴ Lynn STOUT, *The Shareholder Value Myth*, San Francisco, BK Publishers, 2012, Part I; Lynn STOUT, « Bad and not so bad arguments for shareholders primacy », (2002) 75 *South Cal. L. Rev.* 1189.

¹⁵ *Shlensky v. Wrigley*, 237 N. E. 2d 776 (Ill. App. Ct. 1968).

the stockholders. For example, it appears to us that the effect on the surrounding neighborhood might well be considered by a director who was considering the patrons who would or would not attend the games if the park were in a poor neighborhood. Furthermore, the long run interest of the corporation in its property value at Wrigley Field might demand all efforts to keep the neighborhood from deteriorating.¹⁶

En fait, dans un article publié en 2005, le juge en chef Veasey, à la retraite de la Cour suprême du Delaware, prend position contre la théorie de la primauté des actionnaires. Selon lui : « in general, the directors owe fiduciary duties to the corporation, not to the stockholders »¹⁷. Sa sortie est notable parce que le Delaware est l'État chouchou des sociétés commerciales principalement parce que cet État se présente comme le plus favorable à leurs intérêts¹⁸.

Deux décisions sont citées *ad nauseam* par les promoteurs de la thèse de la primauté des actionnaires : *Ford*, qui date de 1919 et dont j'ai parlé plus haut, et *Revlon*¹⁹, rendue en 1985. Je suis cependant d'avis que leur impact est surestimé et qu'elles ne représentent ni la position dominante des tribunaux américains, ni celle des tribunaux canadiens.

¹⁶ *Id.*, 780.

¹⁷ E. Norman VEASEY et Christine T. DIGUGLIEMO, « What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004 », (2005) 153 *U. Penn. L.R.* 1399, 1431.

¹⁸ Selon le site de cet État, plus de 50 % des compagnies publiques américaines y ont leur siège social : STATE OF DELAWARE, *About Agency*, en ligne : <<http://corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>> (consulté le 8 décembre 2017). À noter que l'approche adoptée par le Delaware a fait l'objet de nombreux commentaires, qui ne sont pas toujours positifs. Certains expliquent la popularité de cet État par sa volonté de favoriser les dirigeants des sociétés par actions en s'assurant de leur donner le plus de latitude possible et le moins de responsabilités, ce qui permet de générer des revenus pour l'État (« *race to the bottom* »). D'autres affirment que le succès du Delaware devrait plutôt être vu comme un choix conscient des sociétés par actions en faveur d'un régime soit plus favorable, soit plus efficace en termes de législation et de jurisprudence (« *race to the top* ») : William L. CARY, « Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware », (1974) 83 *Yale L.J.* 663 ; Ralph K. WINTER, « State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation », (1977) 6 *J. Leg. Stud.* 251, 271. Pour une critique de ces théories, voir : Daniel J. H. GREENWOOD, « Democracy and Delaware: The Mysterious Race to the Bottom/Top », (2005) 23(2) *Yale Law and Policy Review* 381.

¹⁹ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173 (Del. 1985), 182.

L'arrêt *Air Products and Chems., Inc. v. Airgas, Inc.*²⁰ illustre bien la position de nos voisins du Sud. Dans cette affaire, les administrateurs faisaient face à une tentative de prise de contrôle hostile. Ils considéraient que l'offre était trop basse, mais ils jugeaient probable qu'elle serait acceptée par une majorité d'actionnaires, si elle leur était soumise. En effet, les administrateurs savaient que ceux-ci comprenaient de nombreux investisseurs à court terme désireux de faire un profit rapide. Les administrateurs ont donc mis en place des mesures de défense et refusé l'offre. Puisque la preuve confirmait qu'ils avaient pris leur décision en se fondant sur ce qu'ils considéraient être l'intérêt à long terme de la société, la Cour a rejeté la contestation de l'offrant hostile. La suite des choses leur a donné raison. Airgas a été vendue quelques années plus tard pour le double du prix offert par Air Products²¹.

On ne s'étonnera pas du fait que les tribunaux canadiens partagent cette vision. De *Teck* à *Lions Gate*, sans oublier les arrêts de la Cour suprême dans *Peoples* et *BCE*²², les cours canadiennes scrutent l'exercice par les administrateurs de leurs pouvoirs, non pas pour vérifier si le rendement aux actionnaires est maximisé, mais bien au regard de l'intérêt de la société elle-même.

Cette approche n'est pas limitée aux tribunaux; les législateurs empruntent la même voie. Aux États-Unis, plus de la moitié des États ont adopté des lois permettant explicitement aux administrateurs de tenir compte d'intérêts autres que ceux des actionnaires²³. La *Loi canadienne sur*

²⁰ C.A. Nos 5249, 5256 Del. Ch. Feb. 15, 2011.

²¹ Antoine GARA, «Up In The Air: How Airgas More Than Doubled By Fighting A Takeover», *Forbes*, 17 novembre 2015, en ligne: <<http://www.forbes.com/sites/antoinegara/2015/11/17/up-in-the-air-how-airgas-more-than-doubled-by-fighting-a-takeover/#69a302a623a4>> (consulté le 8 décembre 2017).

²² *Teck Corporation Limited v. Millar*, 1972 CanLII 950 (BC S.C.); *Maple Leaf Foods v. Schneider Corp.*, 1998 CanLII 5121 (ON C.A.); *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd. et al. Re Interprovincial Pipe Line Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd. et al.*, 1986 CanLII 2744 (ON S.C.); et plus récemment, *Icahn Partners LP v. Lions Gate Entertainment Corp.*, 2011 CanLII 228 (BC C.A.); *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461; *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560.

²³ Michael KERR, Richard JANDA et Chip PITTS, *Corporate Social Responsibility, A legal Analysis*, New-York, LexisNexis, 2009, par. 5.2.3.2; Lyman JOHNSON, «Law and the History of Corporate Responsibilities: Corporate Governance», (2013) 10(13)

les sociétés par actions²⁴ (ci-après «LCSA») est inspirée des mêmes principes. Quoiqu'il ne réfère explicitement ni aux actionnaires ni aux parties prenantes, le paragraphe 122(1) de cette loi²⁵ décrit les devoirs des administrateurs dans des termes qui sont susceptibles d'englober nombre de parties prenantes.

Pour approfondir la recherche historique sur la question des bénéficiaires du devoir de diligence des administrateurs, je me suis tournée vers le rapport Dickerson²⁶ qui a été présenté en 1971 et qui est à l'origine de la formulation du paragraphe 122(1) LCSA. L'introduction du rapport fait voir que les auteurs étaient sensibilisés à l'importance de la réforme qu'ils proposaient puisqu'ils classent la question des devoirs des administrateurs sous la rubrique des réformes majeures. On comprend aussi qu'ils connaissaient le débat théorique sur la nature des sociétés par actions et qu'ils se sont penchés sur les lois d'autres pays qui avaient été récemment modifiées. Ils ont reçu des observations explicites sur ce qui était qualifié de «démocratie corporative». Finalement, ils ont rejeté les suggestions visant à conférer aux actionnaires des pouvoirs qui, autrement, étaient ceux des administrateurs, et ont aussi refusé d'inclure des dispositions protégeant certaines parties prenantes, comme les employés et les créanciers. En d'autres termes, ils ont résisté aux pressions qui venaient de toutes parts et n'ont voulu protéger de façon particulière ni les actionnaires, ni les autres parties prenantes. C'est peut-être ce qui explique l'absence de référence spécifique aux bénéficiaires du devoir de diligence. Les auteurs du rapport font cependant une double mise en garde :

Loin de nous cependant l'idée que les administrateurs ne soient pas responsables de leurs actes et comptables de ce qu'ils font envers les actionnaires et d'autres personnes. Nous pensons qu'ils doivent l'être, et à un degré plus élevé que par le passé.²⁷

U. of St-Thomas L. J. 974. Voir aussi : James D. COX et Thomas Lee HAZEN, *Corporations*, 3^e éd., New York, Aspen Publishers, 2003, p. 245.

²⁴ L.R.C. (1985), ch. C-44. (ci-après : «LCSA»).

²⁵ LCSA, art. 122(1) : Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir : a) avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de la société ; b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

²⁶ Robert W. V. DICKERSON, John L. HOWARD et Leon GETZ, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vol. I, Ottawa, Information Canada, 1971 (ci-après «Rapport Dickerson»).

²⁷ *Id.*, p. 92, par. 241 (mon soulignement).

En somme, leur objectif était que les administrateurs soient tenus non seulement à un haut standard²⁸, mais qu'ils soient aussi redevables tant aux actionnaires qu'aux autres parties prenantes. Ils étaient sans aucun doute bien au fait de l'imprécision²⁹ de l'expression « au mieux des intérêts de la société », mais ont probablement opté pour laisser aux tribunaux le soin de l'interpréter³⁰. On voit que l'approche adoptée dans le rapport Dickerson et incorporée dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* est tout à fait cohérente avec celle des tribunaux américains et des lois américaines autorisant la prise en compte des intérêts des parties prenantes.

Alors que les juristes discutaient des justifications respectives des deux thèses et que les législateurs intégraient aux lois des expressions susceptibles de donner aux administrateurs la latitude dont ils avaient besoin, ces derniers, eux, montraient leur ouverture à la prise en compte d'intérêts très variés. Je me tourne donc maintenant vers la pratique.

II. Responsabilité sociale des entreprises

À ses débuts, le concept de responsabilité sociale paraissait vague et amorphe. Il était plus souvent associé à un vœu pieux qu'à une technique managériale. Quoique ses paramètres ne soient pas définis uniformément, il est maintenant possible de mettre en évidence les grands principes sur lesquels ce concept est fondé. Le développement d'une politique de responsabilité sociale requiert de prendre en considération trois grandes questions – ce que plusieurs qualifient de « *triple bottom line* »³¹ : la santé financière de l'entreprise, son capital social et l'environnement. Comme on peut le constater, les parties prenantes ne sont pas spécifiquement désignées. Ce sont les préoccupations des administrateurs sur lesquelles on

²⁸ Le relèvement de la norme de conduite peut être évalué au regard des exigences formulées par certains arrêts comme *In re City Equitable Fire Insurance Co.* ([1925] 1 Ch. 407 C.A. (UK)), lequel soutenait que l'on ne devait pas s'attendre à que les administrateurs fassent montre de plus de compétence qu'une personne possédant les mêmes connaissances et la même expérience.

²⁹ Rapport Dickerson, préc., note 26, p. 3, par. 10; Edward IACOBUCCI, « Indeterminacy and the Canadian Supreme Court's Approach to Corporate Fiduciary Duties », (2009) 48 *Can. Bus. L. J.* 232, 242.

³⁰ Edward J. WAITZER et Johnny JASWAL, « Peoples, BCE and The Good Corporate "Citizen" », (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 439, 444.

³¹ JOHN ELKINGTON, *Cannibals With Forks: The Triple Bottom Line and 21st Century Business*, Gabriola Island, New Society Publishers, 1998.

insiste. Les actionnaires ont bien sûr leur place dans ces préoccupations, puisque la valeur des actions constitue un des volets les plus souvent utilisés pour mesurer la santé financière des entreprises, qui est, elle, l'un des « *bottom lines* ». Les actionnaires, cependant, ne sont pas traités de façon particulière en raison d'un statut privilégié qui leur serait accordé. De même, si l'âge des dettes dues aux créanciers peut constituer un signe de fragilité de l'entreprise, les créanciers ne sont pas non plus traités nommément comme partie prenante.

Pour qui n'a pas scruté les statistiques sur la responsabilité sociale en entreprise depuis longtemps, le taux d'adhésion peut étonner. Si vous visitez les sites des grandes sociétés canadiennes, vous constaterez que la vaste majorité rend compte, d'une façon ou d'une autre, de sa performance en matière de RSE. J'ai visité les sites de la Banque Royale³², Loblaws³³, Power Corp.³⁴, Great-West³⁵, Enbridge³⁶, Brookfield³⁷, et j'en passe. Sur le site de la Banque Royale, on constate que l'entreprise produit des rapports de responsabilité sociale depuis plus de 30 ans, qu'elle identifie ses parties prenantes comme étant ses clients présents et futurs, ses investisseurs, ses employés, ses fournisseurs, les gouvernements, les régulateurs, les organisations non gouvernementales et finalement les groupes communautaires. Sur le site de Loblaws, on lit que la compagnie produit des rapports de RSE depuis près de dix ans. La visite est intéressante, je vous y invite.

Il est évident que ces grandes sociétés n'oublient pas les actionnaires, mais il est tout aussi clair qu'elles annoncent publiquement leur prise en considération d'intérêts autres que ceux des actionnaires. On peut se demander si c'est un pur exercice de relations publiques et si les déclarations

³² ROYAL BANK OF CANADA, *Reporting & Performance*, en ligne: <<http://www.rbc.com/community-sustainability/reporting-performance.html>> (consulté le 8 décembre 2017).

³³ LOBLAW, *Previous Responsibility Reports*, en ligne: <<http://www.loblaw.ca/en/responsibility/reports.html>> (consulté le 8 décembre 2017).

³⁴ POWER CORPORATION DU CANADA, *La responsabilité sociale chez Power Corporation*, en ligne: <<http://www.powercorporationcsr.com/fr/>> (consulté le 8 décembre 2017).

³⁵ GREAT WEST, *Corporate Social Responsibility*, en ligne: <<https://www.greatwestlife.com/common/about-us/corporate-social-responsibility/>> (consulté le 8 décembre 2017).

³⁶ ENBRIDGE, *Enbridge's 2016 CSR & Sustainability Report*, en ligne: <<http://csr.enbridge.com/>> (consulté le 8 décembre 2017).

³⁷ BROOKFIELD, *Corporate Social Responsibility*, en ligne: <<https://www.brookfield.com/en/Businesses/Renewable-Power/Corporate-Social-Responsibility>> (consulté le 8 décembre 2017).

sont fiables. Je ne lis pas dans les âmes et les cœurs des dirigeants, mais je peux faire quelques constatations.

La première est que l'adhésion par les grandes sociétés aux normes de la responsabilité sociale constitue un moyen de s'assurer que leur comportement est cohérent avec les normes internationales qui sont celles du marché global dans lequel plusieurs évoluent. On observe en effet que nombre d'organisations internationales établissent des normes, prenant ainsi, dans le contexte de la mondialisation des échanges commerciaux, le relais des gouvernements. Les premières lignes directrices ont été adoptées en 1976 par l'OCDE. Elles incluent des sujets tels que l'emploi, les droits de la personne, l'environnement et les intérêts des consommateurs³⁸. L'ONU a aussi adopté des normes: le Pacte mondial. Lorsque j'ai fait une recherche semblable en 2013, le site indiquait que plus de 10 000 entreprises étaient inscrites. En 2017, le nombre s'élève à 12 000 et elles viennent de presque tous les pays du monde³⁹. Le Global Reporting Initiative (ci-après «GRI»), une organisation internationale indépendante a, quant à elle, mis au point une grille d'analyse qui permet de produire des rapports standardisés, de sorte que les résultats des entreprises qui s'y inscrivent peuvent être comparés entre eux. Le GRI rend publique sa banque de données qui inclut les rapports sur la responsabilité sociale de plusieurs des plus grandes entreprises au monde⁴⁰. Les multinationales y figurent de façon prééminente puisque ces entreprises ont plus facilement les ressources requises pour se

³⁸ Paul HOHNEN, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales », *L'Observateur OCDE*, en ligne: <http://observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/2249/Les_Principes_directeurs_de_l_OCDE__E0_l_intention_des_multinationales.html> (consulté le 8 décembre 2017). Pour les lignes directrices mises à jour: OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf>> (consulté le 8 décembre 2017). Le gouvernement du Canada les a acceptées dès leur mise en vigueur et les a recommandées aux entreprises: GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES MONDIALES (Bureau du conseiller en responsabilité sociale des entreprises de l'industrie extractive et Point de contact national pour les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales), *Protocole*, en ligne: <http://www.international.gc.ca/csr_counsellor-conseiller_rse/ncp_protocol-protocol-pcn.aspx?lang=fra> (consulté le 8 décembre 2017).

³⁹ UN, GLOBAL COMPACT, *Les principes du Pacte mondial et les Indicateurs de performance de la GRI*, en ligne: <http://www.unglobalcompact.org/docs/languages/french/gc_gri_table_france.pdf> (consulté le 8 décembre 2017).

⁴⁰ GRI, *Sustainability Disclosure Database*, en ligne: <<http://database.globalreporting.org/>> (consulté le 8 décembre 2017).

conformer au lourd processus d'inscription, mais la banque de données inclut tout de même des entreprises de toutes tailles. En fait, à l'heure actuelle, nous assistons à une prolifération d'organismes suggérant des normes et offrant des moyens de mesurer l'adhésion aux principes de responsabilité sociale. Ce qui, à l'origine, constituait une pratique peu normée est devenu un sujet très encadré.

La deuxième constatation en relation avec la fiabilité des données est que de donner des informations erronées expose l'entreprise à des risques inacceptables. D'un clic, le public peut vérifier une foule d'affirmations. Par exemple, la compagnie Heinz ne pourrait annoncer qu'elle est un lieu de travail idéal. Une simple recherche sur le site 24/7 WallSt⁴¹ révélerait que ses employés ont fait des commentaires contredisant cette position – selon ce site, elle se classe parmi les pires endroits où travailler aux États-Unis. L'information peut ne pas être colligée de façon comparable d'un site à l'autre, mais elle constitue sans nul doute un frein aux vantardises et aux annonces trompeuses. Je suis donc portée à croire que la publication des rapports rend les administrateurs prudents et que, par conséquent, les informations ne sont généralement pas délibérément erronées.

On s'entend bien : les dirigeants d'entreprises ne se sont pas, un matin, réveillés collectivement en réalisant qu'ils avaient des obligations sociales. Plusieurs ont probablement réagi à une situation critique survenue dans leur entreprise, et tous ont été témoins d'excès qui ont mené à des crises. L'éclatement de la bulle technologique et les scandales financiers à la Enron sont des événements qui ont créé non pas une, mais plusieurs ondes de choc. À cela s'ajoute la pression accrue venant des médias (sociaux et traditionnels) pour plus de transparence, et l'impact de la diffusion planétaire des informations concernant les conséquences de l'activité des entreprises. Les dirigeants font maintenant face à une réalité incontournable : ou ils réagissent, promeuvent volontairement au sein de leur entreprise un changement de culture et démontrent leur sérieux en adoptant une politique de citoyen responsable, ou ils s'exposent à une réaction de la part de leurs parties prenantes et, possiblement, de la part des gouvernements. La *Loi*

⁴¹ Evan COMEN, Samuel STEBBINS et Thomas C. FROHLICH, «The Worst Companies to Work For», *24/7 Wall Street*, 10 juin 2016, en ligne : <<http://247wallst.com/special-report/2016/06/10/the-worst-companies-to-work-for-2/2/>> (consulté le 8 décembre 2017).

Sarbanes-Oxley, malgré tous les défauts qu'on lui reprochait⁴², deviendra peut-être bientôt un souvenir nostalgique pour plusieurs parties prenantes aux États-Unis, mais il semble impensable que les sociétés soient complètement dérèglementées dans un avenir rapproché.

Même si on assiste au repli des multinationales – phénomène qui n'est pas uniquement dû à la mouvance protectionniste⁴³ –, cela ne signifie pas que les règles de la RSE seront mises de côté. D'abord, le concept ne s'applique pas seulement aux multinationales et, ensuite, le mouvement est trop ancré dans l'histoire et dans la prise de conscience de l'importance des parties prenantes.

La RSE offre par ailleurs des avantages importants. Elle permet de dépasser la simple réaction à la pression sociale. Si la politique est bien mise en œuvre, elle permet d'agir en amont des problèmes. Elle contribue à identifier les priorités de l'entreprise, permet de faire les ajustements stratégiques de façon précoce et ainsi prévenir tout un éventail de risques⁴⁴. Et la prévention des risques, c'est le travail des administrateurs. S'ils demeurent aveugles devant l'adhésion large aux principes de la RSE, s'ils ne les incorporent pas à leur gouvernance, leur propre responsabilité est à risque : le concept est là pour rester.

Mais est-ce suffisant ? Il faut se demander si, en plus de respecter les prescriptions de la RSE et s'assurer de leur mise en œuvre, les administrateurs doivent aussi chercher à s'assurer de l'aval des communautés touchées par les activités de la société par actions et reconnaître ainsi l'exigence d'une licence sociale.

⁴² Roberta ROMANO, « The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance », (2005) 114 *Yale L.J.* 1521 ; Arthur E. WILMARTH JR., « The Dodd-Frank Act: A Flawed and Inadequate Response to the Too-Big-To-Fail Problem », (2011) 89 *Oregon L. Rev.* 951, 951-1057.

⁴³ THE ECONOMIST (Editor), « In Retreat, The Multinational Company is in Trouble », *The Economist*, 28 janvier 2017, en ligne : <<http://www.economist.com/news/leaders/21715660-global-firms-are-surprisingly-vulnerable-attack-multinational-company-trouble>> (consulté le 8 décembre 2017).

⁴⁴ Voir : Archie B. CARROLL et Kareem M. SHABANA, « The Business Case for Corporate Social Responsibility », (2010) 12(1) *International Journal of Management Reviews* 85, où les auteurs concluent à des avantages sur le plan de la prévention des risques, de la concurrence, de la réputation et des effets de synergie. Voir aussi : L. STOUT, *The Shareholder Value Myth*, préc., note 14, p. 48 pour une critique des avantages avancés par les défenseurs de la thèse de la primauté des actionnaires.

III. La licence sociale

Depuis plusieurs années, nous assistons à une évolution du concept de RSE vers une notion autonome de licence sociale. Suivant cette notion, les parties prenantes peuvent exprimer leur approbation des activités des sociétés. En fait, alors que sous le concept de RSE, les sociétés tiennent compte des parties prenantes, la licence sociale, elle, est la réponse des parties prenantes aux actions prises par les sociétés. Autrement dit, d'une part les entreprises vont vers les parties prenantes et, d'autre part, ces dernières font connaître leur réponse. Ce sont les deux facettes d'une même réalité : l'incontournable importance des parties prenantes.

L'expression licence sociale est tout aussi sujette à dérision que l'était la RSE il y a 40 ans. Les paramètres ne sont pas bien connus et la notion est souvent opposée à l'obtention d'une licence légale. Que ce soit en raison de la relative nouveauté de la notion ou de la résistance qu'elle soulève, plusieurs critiques se font entendre. Certains soutiennent que l'exigence d'une licence sociale est contraire à la règle de droit⁴⁵, d'autres que c'est un mythe⁴⁶, que son exigence découle d'un mélange de relativisme culturel et moral⁴⁷, ou encore qu'il s'agit de l'égarement le plus fou des temps modernes⁴⁸. Quoi qu'il en soit, même ceux qui la critiquent constatent que l'exigence est souvent bien réelle⁴⁹.

⁴⁵ Paul CASSIDY, « Too Much Power to the People », *Lawyers Weekly*, 18 août 2016, en ligne : <<https://www.thelawyersdaily.ca/articles/1946/too-much-power-to-the-people>> (consulté le 8 décembre 2017).

⁴⁶ Goldy HYDER, « The “Social Licence” Myth », *National Post*, 4 octobre 2016, en ligne : <news.nationalpost.com/full-comment/goldy-hyder-the-social-licence-myth> (consulté le 8 décembre 2017).

⁴⁷ Joe OLIVER, « Social Licence with a Bulldozer », *National Post*, 26 octobre 2016, en ligne : <<http://epaper.nationalpost.com/epaper/viewer.aspx>> (consulté le 8 décembre 2017).

⁴⁸ Ross MCKITRICK, « Let's Stop Pretending “Social Licence” is an Actual Thing », *Financial Post*, 21 avril 2016, en ligne : <<http://business.financialpost.com/fp-comment/ross-mckitrick-lets-stop-pretending-social-licence-is-an-actual-thing>> (consulté le 8 décembre 2017).

⁴⁹ Tony KNOX, *Social Licence and Canadian Aboriginal Law*, Aboriginal Law Forum, 6th Insight Annual Western Canada, 2010, en ligne : <http://www.knoxlex.com/knox_insight-conf_soc-lic.pdf> (consulté le 8 décembre 2017); Mark LOWEY, *Is a Social Licence a Licence to Stall?*, University of Calgary, School of Public Policy, Research Papers, Vol. 9, No. 9, Mars 2016, en ligne : <<https://www.policyschool.ca/wp-content/uploads/2016/03/social-licence-loweyfinal.pdf>> (consulté le 8 décembre 2017), p. 1.

La licence sociale, tout comme la réputation d'une entreprise, est un actif intangible qui doit être gagné et qui peut être perdu extrêmement rapidement. Dans certains secteurs d'activité, ne pas chercher à l'obtenir, ou encore la perdre, peut mener à l'éclatement de crises ruineuses pour l'entreprise.

J'observe cependant que les utilisateurs de l'expression n'ont pas tous à l'esprit la grille d'analyse qui sous-tend maintenant cette notion. Pourtant, la littérature managériale produite depuis les 20 dernières années permet de constater l'énorme travail de réflexion déjà fait, au point de l'élever au rang de stratégie d'entreprise⁵⁰.

Voici les principaux éléments qui émergent.

La licence sociale est souvent définie comme l'approbation par les parties prenantes des activités de l'entreprise. Mais qui sont ces parties prenantes? Les plus évidentes sont les personnes ou groupes qui sont directement affectés par les activités de l'entreprise. Elles peuvent aussi englober des groupes qui s'intéressent à l'impact des activités, peu importe qui exploite l'entreprise⁵¹.

Pour pouvoir gagner l'acceptation de ces parties, il faut cependant plus que savoir qui elles sont. Il faut les connaître: quels sont leurs intérêts, quelle est leur influence géographique et quelle est leur importance pour l'entreprise? Pour les entreprises ayant des activités dont l'impact est limité à leur communauté locale, cet exercice peut être simple. Cependant, pour les grandes entreprises dont les activités ont des conséquences dans de

⁵⁰ Leeora BLACK, *The Social Licence to Operate*, London (UK), Printondemand-Worldwide, 2013, p. 17.

⁵¹ Robert G. BOUTILIER et Ian THOMSON, *Modelling and Measuring the Social Licence to Operate: Fruits of a Dialogue Between Theory and Practice*, 2011, en ligne: <<http://www.sociallicense.com/publications/Modelling%20and%20Measuring%20the%20SLO.pdf>> (consulté le 8 décembre 2017), p. 2; Hale GEOFFREY et Yale BÉLANGER, *From Social Licence to Social Partnership: Promoting Shared Interests for Resource and Infrastructure Development*, Institut C.D. Howe, Commentaire n° 440, Décembre 2015, en ligne: <<https://pdfs.semanticscholar.org/a9a7/22acde72e20caf7849c428a5f401ce2485a2.pdf>> (consulté le 8 décembre 2017), p. 5; Brian F. YATES et Celasa L. HORVATH, *Social Licence to: How to Get it and How to Keep it*, 2013, en ligne: <<http://www.nbr.org/publications/element.aspx?id=681>> (consulté le 8 décembre 2017), p. 2; Kieren MOFFAT, Justine LACEY et al., «The Social Licence to Operate: a Critical Review», (2016) 89(5) *Forestry* 477, en ligne: <<https://academic.oup.com/forestry/article/89/5/477/2194485>> (consulté le 8 décembre 2017).

larges régions géographiques, le nombre de parties prenantes pourra être élevé et leurs intérêts, diversifiés.

Une fois les parties prenantes identifiées et leurs intérêts compris, plusieurs auteurs situent les actions requises à quatre niveaux⁵².

Au premier niveau, l'entreprise doit s'assurer que ses activités généreront un avantage pour les parties prenantes. Cela peut être déterminé en organisant des ateliers, des sondages, ou des séances de rétroaction. Les avantages peuvent découler des emplois qui sont créés, mais ce seul acquis n'est pas nécessairement suffisant. L'avantage peut aussi découler d'activités caritatives, mais ces activités doivent être le fruit d'une implication significative dans la communauté ou à tout le moins être intégrées aux objectifs poursuivis par la communauté locale. Au premier niveau, les mots-clés sont donc « avantages mutuels ».

Au deuxième niveau, l'adhésion des parties prenantes implique que l'entreprise développe un capital social, ce que certains appellent des partenariats sociaux⁵³, c'est-à-dire qu'elle établisse, parmi les parties prenantes, un réseau de contacts sur lesquels elle peut compter. Ce sont ces parties prenantes qui fourniront les informations concernant les défis auxquels l'entreprise fait face. Elles pourront, au besoin, collaborer pour assurer la réalisation des avantages réciproques. Au deuxième niveau, l'expression à retenir est « réseau social ».

Au troisième niveau, qui est en fait lié au précédent, l'obtention d'une licence sociale est la capacité de l'entreprise à faire naître le sentiment qu'il existe un lien durable entre les communautés et elle-même, ce que plusieurs qualifient de contrat social. Ce lien implique que chaque partie trouve son compte dans la relation, que chacune reconnaît l'équité et la légitimité à long terme des activités de l'entreprise. Au troisième niveau, les mots sont « contrat social ».

Finalement, de l'identification correcte des avantages mutuels, de la constitution d'un capital social composé de solides réseaux et de l'établissement de relations de type contractuel, il devrait émerger, au quatrième niveau, une relation de confiance institutionnelle qui permet de faciliter le

⁵² Les quatre éléments que j'utilise ici sont tirés de L. BLACK, préc., note 50, p. 21 à 26, elle-même s'inspirant de R. G. BOUTILIER et I. THOMSON, préc., note 51.

⁵³ H. GEOFFREY et Y. BÉLANGER, préc., note 51, p. 6.

développement à long terme des activités de l'entreprise. Au quatrième niveau, les mots sont « confiance institutionnelle ».

Il est certain que la licence sociale est fragile et que les conditions de sa rétention sont diffuses. Certaines entreprises la détiendront sans avoir fait de grands efforts. Il est plus facile de l'obtenir en vendant du café équitable qu'en faisant manufacturer des vêtements dans des usines clandestines au Bangladesh. Certaines activités ne recevront jamais – ni ne devraient recevoir – une licence sociale. Mais il y a tout un spectre d'activités et de réactions, surtout lorsque certaines activités touchent les valeurs, attentes et perceptions d'un vaste réseau de groupes et d'organisations.

Je dois noter le dilemme auquel font face les entreprises qui ont des activités qui, sans être illégales, suscitent la controverse. Vous avez peut-être déjà entendu les appellations comme NOPE («*Never On Planet Earth*»), ou NIMBY («*Not In My BackYard*»), ou encore BANANA («*Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*»), et, le seul que j'aie trouvé en français, les ZADISTES: ceux qui montent aux barricades pour les zones à défendre. Les expressions sont peut-être amusantes, mais gagner l'appui ou l'acceptation de ces groupes est difficile. La légitimité de certaines activités peut être contestée par des parties prenantes qui sont mues par une intransigeance telle qu'il sera pratiquement impossible de modifier leurs vues dans les délais requis pour assurer l'exécution des projets de l'entreprise⁵⁴.

Pour illustrer de telles difficultés, j'aimerais utiliser l'exemple des pipelines dans le contexte des relations entre Autochtones et non-Autochtones.

Les Autochtones ont longtemps vu leurs droits ignorés et même bafoués. Ils bénéficient maintenant de certaines avancées. Les décisions des tribunaux, la négociation de traités conférant l'autonomie gouvernementale, la Commission de vérité et réconciliation et les excuses publiques sont de nature à permettre d'espérer assister à un changement dans la dynamique des relations des entreprises avec les Autochtones. Au moins deux arrêts de la Cour suprême du Canada y contribuent: *Haïda et Taku River*⁵⁵.

⁵⁴ H. GEOFFREY et Y. BÉLANGER, préc., note 51, p. 5.

⁵⁵ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511; *Pre-mière nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550.

Alors que l'obtention d'une licence sociale relève, pour les non-Autochtones, d'une stratégie d'entreprise impliquant la consultation avec les parties prenantes, les décisions *Haiida* et *Taku River* érigent la consultation en obligation légale. Les parties à un projet affectant les Autochtones doivent s'enquérir des impacts potentiels des activités projetées, incluant les coûts de toute nature, et les avantages réciproques pour les parties. On peut reconnaître ici la mise en œuvre du *premier* niveau de la technique d'obtention d'une licence sociale.

La Cour suprême n'a pas établi les paramètres précis du devoir de consultation, mais les techniques développées pour l'obtention d'une licence sociale peuvent éclairer la démarche. Pour qu'une entreprise réussisse à faire approuver ses activités, elle doit établir un réseau qui pourra transmettre les informations sur les questions qui sont en jeu: elle doit établir un capital social – qui est le *deuxième* niveau de la licence sociale.

Par la suite, l'entreprise doit assurer la pérennité des activités en jetant les bases d'un contrat social et, éventuellement, gagner la confiance d'une plus large communauté. Dans le cas des Autochtones, en dépit des progrès récents et de l'obtention de leur accord sur certains projets, il n'est encore question ni de contrat social ni de confiance institutionnelle, mais les deux premières étapes sont cependant suffisantes pour les deux cas dont je veux parler.

Ces deux situations sont sur des voies qui laissent entrevoir des résultats difficilement réconciliables. Ce sont les pipelines Kinder Morgan et celui du Dakota du Nord. Dans le cas du pipeline de la Colombie-Britannique, en date de décembre 2016, sur 120 bandes, 39 avaient signé des ententes prévoyant des avantages mutuels⁵⁶ et le gouvernement avait donné le feu vert au projet⁵⁷.

⁵⁶ Amy SMART, « Why Nine Island First Nations Signed Trans Mountain Deals », *Times Colonist*, 4 décembre 2016, en ligne: <<http://www.timescolonist.com/news/local/why-nine-island-first-nations-signed-trans-mountain-deals-1.3699503>> (consulté le 8 décembre 2017).

⁵⁷ John Paul TASKER, « Trudeau cabinet approves Trans Mountain, Line 3 pipelines, rejects Northern Gateway », *CBC News*, 29 novembre 2016, en ligne: <<http://www.cbc.ca/news/politics/federal-cabinet-trudeau-pipeline-decisions-1.3872828>> (consulté le 8 décembre 2017).

À l'inverse, dans le cas du pipeline du Dakota du Nord, les promoteurs font toujours face à une grande opposition. Alors que les manifestants croyaient avoir eu gain de cause, la situation politique s'est modifiée en faveur des promoteurs⁵⁸ et le débat devant les tribunaux faisait toujours rage au moment de la rédaction de ce texte⁵⁹.

L'exemple du pipeline du Dakota du Nord démontre que, dans certains cas, de larges communautés peuvent se sentir interpellées par un projet. Dans ce cas en particulier, des milliers d'Autochtones, provenant de lieux parfois éloignés, et un grand nombre d'ONG se sont mobilisés⁶⁰. Il est maintenant probablement illusoire, pour un pipeline transportant des énergies fossiles, de chercher à obtenir une approbation complète de toutes les parties prenantes, mais on peut observer, comme pour le Kinder Morgan, qu'un nombre suffisant de parties prenantes peut y trouver son compte.

Les principes de la RSE ont cheminé et sont intégrés à ceux de la saine gestion. Cela a été rendu possible par une interprétation des dispositions législatives empreinte de déférence de la part des tribunaux, mais aussi par la pression des parties prenantes. Les administrateurs qui en ignorent les paramètres sont susceptibles de se le faire reprocher. Le critère utilisé pour évaluer leur conduite est objectif, mais tient compte du contexte. L'adhésion des petites, moyennes et grandes entreprises aux principes de la RSE ne peut manquer d'être prise en considération pour établir la norme à respecter pour les dirigeants.

La notion de licence sociale, qui a été vue à l'origine comme un simple volet de la RSE, est devenue un concept autonome. Il s'agit de la réponse

⁵⁸ ASSOCIATED PRESS, « Judge won't stop oil from flowing through disputed Dakota Access pipeline », *CBC News*, 15 mars 2017, en ligne: <<http://www.cbc.ca/news/business/dakota-access-judge-1.4026641>> (consulté le 8 décembre 2017); Max BLAU, Sara SIDNER et Gregory KRIEG, « Dakota Access Pipeline, What Happens Next? », *CNN*, 6 décembre 2016, <<http://www.cnn.com/2016/12/05/us/dakota-pipeline-next-steps/>> (consulté le 8 décembre 2017).

⁵⁹ ASSOCIATED PRESS, préc., note 58.

⁶⁰ Virali GOKALDAS, « Obama: Take a Stand Against Dakota Access Pipeline », *The Understory*, 30 août 2016, en ligne: <http://www.ran.org/obama_stand_against_dakota_access_pipeline> (consulté le 8 décembre 2017). En septembre 2016, on dénombrait 400 campeurs au site du projet: CBC, « Insurance reforms still up for debate », *CBC News*, 16 octobre 2003, en ligne: <<http://www.cbc.ca/news/indigenous/north-dakota-pipeline-protest-1.376663>> (consulté le 8 décembre 2017).

des parties prenantes à la mise en œuvre des principes de la RSE. Sa recherche est aussi intégrée aux règles de bonne gouvernance, particulièrement sous le volet de la prévention des risques. Nul doute qu'en cas de dommages, les administrateurs pourront aussi se faire reprocher de ne pas avoir été diligents s'ils en ont fait fi.

Conclusion

Quelle leçon doit-on tirer de l'évolution du droit vers l'exigence d'une licence sociale? Pour ma part, je ne peux m'empêcher de me souvenir du tollé causé en 2004 par la décision *Peoples*. Il est vrai que certaines des critiques visaient non pas le résultat, mais l'absence d'élaboration des motifs ayant mené la Cour à prendre position en faveur de la théorie des parties prenantes⁶¹. Au-delà des motifs offerts par la Cour dans ses arrêts *Peoples* et *BCE*, il demeure que beaucoup d'eau a coulé sous les ponts. La thèse de l'arrêt *Ford* qui, pour certains, relevait de l'orthodoxie devrait être considérée comme une hérésie en 2017.

Une fois de plus, la théorie aura été à la remorque de la pratique. Si en 2004, la communauté juridique n'avait pas encore été sensibilisée aux principes de la RSE, les entreprises, elles, avaient déjà commencé à l'assimiler. Malgré les critiques faites à l'encontre de la notion de licence sociale, ce concept est intégré aux principes de saine gouvernance. Dans certains domaines d'activité, y résister expose les administrateurs à des risques inacceptables. Plusieurs industries, principalement celles liées au développement des ressources, ont un besoin incontournable de l'appui des parties prenantes. Même si la licence sociale complète est parfois illusoire, les administrateurs doivent s'efforcer d'obtenir l'appui d'un nombre suffisant de parties prenantes. Le débat n'est pas terminé dans le cas des pipelines, mais nombreuses sont les voix qui exigent des promoteurs de faire précéder leurs projets de mesures qui en assureraient l'acceptabilité par les parties prenantes⁶². Il s'agit certes d'un domaine difficile et les promoteurs feront peut-être de toute façon face aux partisans du NOPE. Cependant, la

⁶¹ Ian B. LEE, « *Peoples Department Stores v. Wise and the Best Interest of the Corporation* », (2005) 41 *Canadian Business Law Journal* 212.

⁶² Voir entre autres: LA PRESSE CANADIENNE, « Acceptabilité sociale d'Énergie Est: Trans-Canada part de loin pour l'obtenir », *Les Affaires*, 18 mars 2016, en ligne: <<http://www.lesaffaires.com/bourse/nouvelles-economiques/acceptabilite-sociale-d-energie-est-transcanada-part-de-loin-pour-l-obtenir/586140>> (consulté le 8 décembre 2017).

mise en œuvre des techniques développées en matière d'obtention de licence sociale permet de prévoir la levée de boucliers à laquelle le projet doit faire face.

Je termine en rappelant la question: l'exigence d'une licence sociale est-elle une chimère? Pour ma part, je ne le crois pas et je soupçonne que ceux qui la nient encore se rangent, à la manière des climato-sceptiques, parmi ceux contre lesquels la réalité elle-même a peu de poids. Je suis optimiste car l'évolution du droit en matière de responsabilité des administrateurs me rend confiante qu'ils seront rattrapés par les faits.