

Codes de conduite responsable des entreprises Vos bonnes intentions pourraient-elles vous lier?

Anne Drost, Clémentine Sallée et Mathieu Nolin

L'adoption volontaire d'un code de conduite est devenue une pratique courante (et même attendue) dans la mise en œuvre d'une stratégie de responsabilité sociale des entreprises (la « RSE ») dans tous les secteurs d'activité. Les entreprises sont de plus en plus exposées à des risques de poursuite et d'atteinte à la réputation découlant d'objectifs et de politiques en matière de RSE prévus dans leur code de conduite.

Cet article analyse la jurisprudence relative au caractère exécutoire des codes RSE et fournit des conseils pratiques quant à la rédaction, la révision et la mise en œuvre de tels codes dans le but de réduire les risques juridiques et d'atteinte à la réputation pour les entreprises.

QU'EST-CE QU'UN CODE DE CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES?

L'objectif des codes de conduite est de clarifier la mission, les valeurs et les principes directeurs d'une entreprise à l'aide de normes de conduite visant à régir le processus décisionnel et les activités commerciales de l'entreprise en ce qui a trait essentiellement aux questions environnementales, sociales et de gouvernance (« ESG »), incluant les droits de la personne, les impacts environnementaux, la diversité, la transparence et la lutte contre la corruption. À ces codes de conduite s'ajoutent souvent des codes de conduite des fournisseurs qui visent à étendre le respect des normes de conduite responsable de l'entreprise à sa chaîne d'approvisionnement.

Dans certains cas, ces codes intègrent des normes internationales telles que les 10 principes du Pacte mondial des Nations Unies, les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement



économiques à l'intention des entreprises multinationales ou les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail relatives aux normes du travail et aux droits des travailleurs.

La plupart des entreprises rendent leur code RSE public afin de présenter aux parties prenantes et à leurs consommateurs leurs valeurs ainsi que la façon dont elles entendent contribuer positivement à la société.

Si l'omission d'adopter ou de respecter un code RSE, ou des allégations de non-respect de celui-ci, peuvent présenter des risques importants d'atteinte à la réputation d'une entreprise, les entreprises sont également de plus en plus exposées à des risques de poursuites. Un certain nombre de ces dernières, intentées contre des entreprises à l'étranger et au Canada, remettent désormais en question la nature volontaire ou le caractère non contraignant des codes RSE.

Pour l'instant, les grandes multinationales semblent être les principales cibles de ces contestations judiciaires, qui visent bien souvent à sensibiliser le public à d'importants enjeux sociaux et environnementaux. Ceci dit, toutes les entreprises, grandes ou petites, ayant adopté de tels codes de conduite ou qui se sont engagées à respecter des codes de conduite des fournisseurs devraient sérieusement penser à surveiller de près les développements juridiques dans ce domaine.

RISQUES DE POURSUITES

Obligations de divulgation et déclarations fausses ou trompeuses



Au cours des dernières années, plusieurs actions collectives ont été intentées aux États-Unis contre d'importantes sociétés des secteurs de l'alimentation et de la confiserie relativement à des allégations de non-divulgation de travail effectué

par des enfants et de traite de personnes au sein de leur chaîne d'approvisionnement, notamment dans le cadre de la production de cacao dans certaines régions d'Afrique.

Des affaires similaires, visant des entreprises fournissant aux consommateurs américains des fruits de mer et des aliments

pour animaux domestiques provenant de l'Asie du Sud-Est, étaient pour leur part fondées sur des allégations concernant les conditions de travail sur les bateaux de pêche ou dans des activités liées à la pêche de crevettes.

Dans l'affaire *Tomasella v. Nestlé USA, Inc.*, qui est actuellement en attente d'une décision de la *District Court* des États-Unis pour le district du Massachusetts, un groupe de consommateurs allègue que Nestlé a contrevenu au *Consumer Protection Act* de l'État du Massachusetts en n'informant pas les consommateurs que son chocolat provenait de régions reconnues pour avoir recours au travail forcé. Au soutien de leurs prétentions, les demandeurs ont fait valoir que les principes de conduite des affaires de Nestlé et son code des fournisseurs interdisaient expressément le travail forcé et le travail des enfants. Des arguments similaires ont également été avancés dans une action collective contre Hershey Co.

Jusqu'à présent, les tribunaux ont rejeté bon nombre de ces poursuites au motif que les demandeurs (consommateurs) n'avaient pas qualité pour agir ou que les défendeurs n'avaient pas l'obligation de divulguer les prétendues violations des droits de la personne dans leur chaîne d'approvisionnement; cette question n'ayant pas d'incidence sur la santé ou la sécurité des consommateurs ou n'étant pas liée à la fonction centrale du produit. Cet élément est un critère nécessaire pour reconnaître une obligation de divulgation, comme c'est le cas des mises en garde relatives à la santé requises sur les paquets de cigarettes.

À moins qu'il n'existe une loi obligeant expressément les entreprises à divulguer certains renseignements, comme c'est le cas de la *Transparency in Supply Chains Act* de la Californie (la « SCA »), il est actuellement difficile aux États-Unis de prétendre qu'une entreprise a l'obligation de divulguer toute pratique illégale ou irresponsable dans sa chaîne d'approvisionnement, ou qu'une non-divulgation de cette nature constitue une omission frauduleuse. Il est vraisemblablement plus facile d'intenter une poursuite fondée sur des déclarations fausses ou trompeuses. Nous notons qu'il en est de même au Canada.

À ce jour, si des consommateurs ont tenté d'invoquer des violations en vertu de la SCA comme fondement à leurs allégations de contravention par le code RSE d'une entreprise

à la législation en matière de protection des consommateurs, ces tentatives n'ont pas abouti. Ceci est notamment dû au fait que la SCA ne prévoit aucun droit d'action direct pour les consommateurs. Le seul recours existant pour sanctionner une violation de la SCA se limite à un recours en injonction par le procureur général de la Californie.

D'autres pays, tels que le Royaume-Uni avec la *Modern Slavery Act, 2015*, ont adopté des lois qui obligent les entreprises à divulguer certains renseignements notamment quant à leur chaîne d'approvisionnement.

Dans de nombreuses juridictions, les fausses déclarations ou les déclarations trompeuses ou mensongères sont considérées comme une pratique déloyale ou illégale en vertu de la législation en matière de protection des consommateurs.

Selon les faits en cause et la juridiction, il pourrait être possible d'invoquer le fait qu'une déclaration est fautive lorsque le demandeur (consommateur) est en mesure de démontrer qu'une telle déclaration est énoncée dans le code de conduite d'une entreprise, qu'elle s'est révélée fautive ou trompeuse et que le consommateur s'est fié à cette déclaration lors de son achat.

Toutefois, l'existence d'une déclaration fautive ou trompeuse doit d'abord être établie. En 2015, une autre poursuite intentée contre Nestlé relativement à des produits alimentaires en conserve pour chats qui, selon les allégations, contenaient des fruits de mer provenant du travail forcé, a été rejetée pour plusieurs motifs, notamment le fait que Nestlé n'avait pas d'obligation de divulguer cette information et que le libellé à caractère plutôt idéaliste du code de conduite de Nestlé ne constituait pas une déclaration fautive ou trompeuse. Le tribunal a statué qu'aucun consommateur raisonnable ne pouvait s'attendre, à la lecture du code de Nestlé, que tous les fournisseurs de cette société se conformeraient rigoureusement à ce code.

Ces affaires illustrent l'importance de rédiger les codes et les politiques en matière de RSE avec une grande prudence, de même que de déterminer les dispositions qui seront prescriptives et celles qui refléteront plutôt un idéal à atteindre.

Obligation de diligence et responsabilité extra-contractuelle



En 2013, dans l'affaire *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario (la « Cour ») a reconnu que les codes de conduite volontaires et les déclarations publiques pouvaient être utilisés comme preuves afin d'établir une obligation de diligence. En l'espèce, un groupe autochtone du Guatemala a intenté un recours judiciaire contre une société minière canadienne, Hudbay Minerals Inc. (« Hudbay »), et ses filiales dont elle détient le contrôle absolu. Selon ce groupe autochtone, le personnel de sécurité qui travaillait pour le compte des filiales d'Hudbay avait commis des violations des droits de la personne alors que celles-ci étaient contrôlées et supervisées par la société mère. La question au cœur de cette poursuite pour négligence était de déterminer si Hudbay avait une obligation de diligence envers les demandeurs.

Pour établir une nouvelle obligation de diligence, il est nécessaire de prouver :

1. que le préjudice allégué est une conséquence raisonnablement prévisible de la violation présumée;
2. qu'il y a un lien suffisamment étroit entre les parties de sorte qu'il ne serait pas injuste ou inéquitable d'imposer une obligation de diligence aux défendeurs (en fonction de facteurs tels que les attentes, les déclarations et la confiance); et
3. qu'il n'y a aucune considération politique générale permettant d'écarter ou de limiter cette obligation.

Dans le cadre de sa politique en matière de droits de la personne, Hudbay a adopté les *Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme*, qui constituent des lignes directrices en matière de droits de la personne pour le secteur de l'extraction.

La Cour n'a pas encore rendu sa décision sur le bien-fondé de la demande, mais elle a refusé de la rejeter, à

l'étape préliminaire, en raison du fait que les déclarations publiques de Hudbay relatives à sa relation avec la collectivité, à son engagement à respecter les droits de la personne et à son adhésion aux *Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme* dénotent l'existence du lien de proximité nécessaire pour établir une obligation de diligence *prima facie*.

Dans un autre cas, à la suite de l'effondrement du complexe Rana Plaza au Bangladesh en 2013, une action collective a été intentée en Ontario contre Georges Weston limitée (« Loblaws »), afin notamment de déterminer si une société engage sa responsabilité extra-contractuelle lorsqu'elle enfreint son code volontaire en matière de RSE. Dans l'affaire *Das v. George Weston Limited*, les demandeurs ont fait valoir que Loblaws avait adopté des normes en matière de RSE stipulant que la société n'achèterait pas de biens auprès de fournisseurs qui ne se conforment pas à des normes de sécurité appropriées en milieu de travail. Par conséquent, les demandeurs soutenaient que Loblaws avait l'obligation fiduciaire de s'assurer que l'intérêt, la santé et la sécurité physique des employés des fournisseurs étaient protégés.

Dans ce cas d'espèce, la Cour a jugé qu'il n'existait pas de relation fiduciaire entre Loblaws et les membres du groupe, mais elle n'a pas fermé la porte à la possibilité qu'un code volontaire en matière de RSE puisse créer une obligation fiduciaire dans d'autres circonstances.

En *obiter*, la Cour a noté que pour qu'une obligation fiduciaire découle de normes en matière de RSE, le libellé de ces normes devait clairement indiquer l'existence d'une obligation fiduciaire. Elle n'a cependant pas donné d'autres indications sur le libellé requis pour créer un lien de proximité suffisamment étroit.

Cette affaire illustre elle aussi l'importance de rédiger adéquatement les dispositions d'un code RSE. Pour en savoir davantage sur celle-ci, consultez notre *Bulletin Blakes* de juillet 2017 intitulé *Un tribunal ontarien rejette l'idée d'un devoir de diligence envers les employés de fournisseurs étrangers*.

CONSIDÉRATIONS PRATIQUES



De plus en plus de poursuites créatives cherchent à assouplir ou à éliminer la distinction entre initiatives volontaires et obligations légales. Par conséquent, le code d'une entreprise établissant ses politiques et ses pratiques relatives à une conduite responsable devrait être rédigé soigneusement, de même qu'être révisé et mis à jour régulièrement.

Vous trouverez ci-dessous une liste sommaire et non exhaustive de considérations pratiques à prendre en compte lors de la rédaction initiale d'un code ou d'une politique RSE ou de leur révision.

Vérification diligente

Une entreprise peut choisir d'élaborer son propre code RSE ou peut adhérer à un code déjà établi et adapté à son secteur d'activité. Plusieurs associations sectorielles ont élaboré des principes auxquels leurs membres doivent adhérer ou ont fourni des modèles de codes que les entreprises peuvent adopter dans leur intégralité ou adapter à leurs besoins et objectifs spécifiques.

Avant d'adopter, d'élaborer ou de réviser un code, il est important de procéder à une vérification diligente afin, notamment :

- ☑ de cerner les enjeux et les risques avec lesquels l'entreprise et sa chaîne d'approvisionnement doivent composer, de même que les obligations légales de l'entreprise (y compris celles touchant la divulgation de l'information en matière d'ESG);
- ☑ de passer en revue les antécédents de l'entreprise (et de ses fournisseurs) relativement aux différents aspects qui seront abordés dans le code afin d'identifier les réalisations, les pratiques exemplaires et les risques potentiels;
- ☑ de vérifier si l'entreprise adhère déjà à un ensemble de principes ou de lignes directrices sectorielles à des fins de cohérence, ou pour déterminer s'il est nécessaire d'adopter un code particulier;

- ☑ d'établir des objectifs à court, moyen et long termes.

Rédaction

La jurisprudence récente démontre que la formulation des normes contenues dans un code RSE est aussi importante pour leur mise en application que pour la crédibilité de l'entreprise qui les adopte. Lors de la rédaction d'un code visant à promouvoir une conduite d'entreprise responsable tout en réduisant les risques juridiques et d'atteinte à la réputation, il faut :

- ☑ évaluer le choix des mots et du ton utilisés dans un code RSE (ce qui constitue un aspect essentiel de la gestion de risques);
- ☑ employer un langage clair et simple, de même que des formulations reflétant un idéal et des formulations prescriptives lorsqu'il est approprié de le faire (par exemple, utiliser les tournures « peut », « devrait » et « s'efforce », plutôt que « doit »);
- ☑ prendre en considération des facteurs comme la taille de l'entreprise, la possibilité d'influencer les résultats, le secteur, la portée géographique, entre autres, au moment de choisir la terminologie à utiliser dans le code afin de déterminer quels objectifs peuvent être atteints immédiatement de manière réaliste et lesquels sont atteignables à long terme.

Il est important de noter que si le libellé est trop vague ou idéaliste, l'entreprise éprouvera de la difficulté à mettre en œuvre le code qu'elle a adopté, mais le risque que des obligations juridiques soient créées pourrait ainsi être réduit. En revanche, des formulations vagues et non contraignantes pourraient compromettre la crédibilité et la réputation de l'entreprise.

Certaines entreprises utilisent des clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité dans leur code. De telles dispositions peuvent répondre à diverses fonctions, dont celles d'établir que le code n'est pas exhaustif et n'a pas pour but de couvrir toute conduite

requis ou attendue des fournisseurs de l'entreprise, ou de confirmer que les normes ne constituent pas des garanties et qu'elles ne créent pas d'engagements juridiques ou d'obligations légales.

À mesure que d'autres recours judiciaires se fondent sur des codes de conduite verront le jour, l'utilisation de telles clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité dans les codes de conduite pourrait se répandre. Il s'agira alors de déterminer si, et dans quelle mesure, ces énoncés peuvent nuire à la réputation de l'entreprise, et de les rédiger de façon à trouver un juste équilibre entre le risque d'atteinte à la réputation et les risques juridiques.

Capacité et formation

L'élaboration et la mise à jour d'un code devraient également tenir compte de la capacité de l'entreprise et des outils disponibles pour mettre en œuvre et surveiller les conduites et les pratiques afin d'éviter les risques juridiques et d'atteinte à la réputation associés à la formulation de promesses trop ambitieuses et au défaut de les respecter.

Une fois un code adopté, il est nécessaire de :

- ☑ sensibiliser et informer régulièrement les employés, les dirigeants et les fournisseurs (le cas échéant) de l'existence, de l'interprétation ou de la révision du code;
- ☑ vérifier régulièrement que le code est bien compris et adapté, et que le contenu des formations est à jour.

Surveillance et application

Le suivi du respect d'un code varie d'une entreprise et d'un secteur à l'autre et son application peut susciter des défis complexes. Dans certains cas, une entreprise adoptera des mesures telles que le congédiement d'un employé ou la résiliation d'un contrat, alors que des sanctions pécuniaires seront imposées dans d'autres cas.

L'éventail de conséquences potentielles peut être décrit dans un code RSE ou dans les politiques de

l'entreprise. Lorsque des risques de non-conformité sont soulevés, l'entreprise peut adopter une approche proactive en vue du maintien d'un employé ou d'une relation contractuelle avec un fournisseur, en aidant la personne ou le sous-traitant à résoudre efficacement les problèmes et à rehausser ses pratiques (afin d'améliorer les comportements, les normes environnementales ou les conditions de travail, notamment).

Il est alors recommandé de :

- ☑ déterminer, en se fondant sur une analyse des risques, si l'entreprise effectuera une surveillance du respect par ses dirigeants, ses employés ou ses activités des normes ainsi élaborées, et si la mise en œuvre du code s'étendra à sa chaîne d'approvisionnement (et dans quelle mesure) ou laissera aux fournisseurs directs le soin de superviser le reste de la chaîne d'approvisionnement;
- ☑ rédiger soigneusement les contrats d'approvisionnement, de service et de travail de façon à mettre en œuvre sa stratégie quant à la surveillance, aux audits par des tiers, à l'application et aux conséquences d'un non-respect du code, le cas échéant;
- ☑ déterminer si le suivi sera effectué à l'interne ou par des auditeurs externes.

CONCLUSION

Malgré le succès limité des poursuites récentes visant des déclarations et énoncés spécifiques faits par des sociétés dans leur code RSE, celles-ci ont mis en lumière l'importance de rédiger et de réviser ce type de document avec prudence. Notons que certaines de ces poursuites ont été réglées pour des sommes considérables, et que, peu importe qu'elles soient ou non accueillies, rejetées ou réglées hors cours, ces poursuites peuvent ternir l'image des entreprises visées.

La responsabilité environnementale et sociale est de plus en plus considérée comme un impératif commercial. Par conséquent, au moment de rédiger et de réviser les codes et les politiques qui traitent des questions ESG, il est essentiel d'être conscient des risques juridiques et d'atteinte à la réputation de l'entreprise, puisque le respect de telles valeurs et de tels engagements se retrouve de plus en plus sous les feux des projecteurs tant devant les tribunaux judiciaires que devant le tribunal de l'opinion publique.

COMMUNIQUEZ AVEC NOUS :

Anne Drost

514-982-4033

anne.drost@blakes.com

Clémentine Sallée

514-982-4077

clementine.sallee@blakes.com

Mathieu Nolin

514-982-4291

mathieu.nolin@blakes.com