

Droit, entreprise et citoyen

Publié le 30 octobre 2020 | Par Ivan Tchotourian

COVID-19: doit-on en vouloir aux compagnies aériennes?

Voilà maintenant plusieurs mois que la position adoptée par les compagnies aériennes canadiennes soulève de très vives critiques dans l'opinion publique. La classe politique actuellement au pouvoir, autant canadienne que québécoise, se montre peu vindicative à leur endroit. La dernière sortie publique du ministre fédéral des Transports les encourage à rembourser les voyageurs¹. Encourager n'est pas contraindre. Et encore, pour que cet encouragement ait lieu, il a fallu qu'une compagnie aérienne canadienne (WestJet) annonce publiquement (sur une base volontaire) qu'elle permettait à ses clients de récupérer leur argent. Plusieurs mois après le début de la crise de la COVID-19, «[c]'est la première compagnie aérienne au pays à offrir des remboursements pour l'annulation de ses vols nationaux dans le contexte de la pandémie»².

La décision d'Air Canada et d'Air Transat de ne pas procéder au remboursement de leurs clients ne fait pas l'unanimité... loin de là ! Passagers, défenseurs des consommateurs et partis politiques de l'opposition sont vent debout et accaparent les tribunes pour dénoncer la situation. Beaucoup de voyageurs n'ont en effet pas accès au Fonds d'indemnisation des clients des agents de voyages (FICAV), soit parce qu'ils ne résident pas au Québec, soit parce qu'ils n'ont pas acheté leur billet par une agence de voyages. Plusieurs actions collectives ont été lancées³. Derrière ce débat animé, une question se pose: sur le plan de la gouvernance d'entreprise, la décision des compagnies aériennes est-elle si critiquable?

Le passager, une partie prenante négligée

La théorie des parties prenantes est de plus en plus présente dans la gouvernance d'entreprise. Sous son influence, ajoutée à celle de la responsabilité sociale (RSE), la mission du CA est repensée et la finalité de l'entreprise est réorientée. Dans cette analyse, la finalité de l'entreprise est définie par sa soutenabilité, sa valeur à long terme ou tout autre objectif qui lui serait propre. Grâce à son ouvrage *Strategic Management: A Stakeholder Approach*⁴, Edward R. Freeman est un auteur fondamental dans ce domaine.

Les parties prenantes (ou *stakeholder*) sont tout groupe ou individu ayant un intérêt dans les décisions et les activités d'une organisation et qui peut influencer, ou être influencé, par les décisions prises par l'entreprise. Les parties prenantes affectent ou sont affectées différemment par les décisions de l'entreprise. Bien qu'elle ait ses limites et soit critiquée dans la littérature, la théorie des parties prenantes amène les entreprises à considérer les conséquences de leurs décisions sur l'ensemble des parties qui pourraient être touchées. Le droit canadien a ouvert la porte aux parties prenantes dans la gestion d'entreprise grâce à une décision du plus haut tribunal du pays en 2004⁵ et à une **réforme** de la loi fédérale sur les sociétés par actions en 2019⁶. Le gouvernement fédéral a modifié la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) afin de prévoir les facteurs dont les CA et les dirigeants peuvent tenir compte lorsqu'ils agissent au mieux des intérêts de la société. Un paragraphe a été ajouté à l'article 122 de la LCSA. Il est rédigé comme suit:

«Meilleur intérêt de la société

(1.1) Lorsqu'ils agissent au mieux des intérêts de la société au titre de l'alinéa (1)a), les administrateurs et les dirigeants de la société peuvent tenir compte des facteurs suivants, notamment:

1. a) les intérêts:

(i) des actionnaires,

(ii) des employés,

(iii) des retraités et des pensionnés,

(iv) des créanciers,

(v) des consommateurs,

(vi) des gouvernements;

b) l'environnement;

c) les intérêts à long terme de la société».

Si les tentatives sont nombreuses pour identifier les différentes parties prenantes, les voyageurs constituent assurément l'une d'elles pour les compagnies aériennes (bien entendu, il faut ajouter les actionnaires, les salariés, les fournisseurs...). Sans passager, pas de compagnie aérienne, comme le montre l'après-COVID-19. Certains diront que cela fait bien longtemps que les passagers ne sont plus que du fret aérien et rien de plus (vous êtes-vous déjà senti considéré par une compagnie aérienne ? Moi, pas vraiment...). Il ne faudrait donc pas s'étonner de leur politique de non-remboursement. Il n'empêche que les passagers sont une partie prenante non négligeable, et leur intérêt aurait dû être pris en compte. N'auraient-ils pas dû être remboursés pour leur billet, retour d'argent encore plus important en contexte de pandémie? Séduisante pour ceux qui s'opposent actuellement aux compagnies aériennes, une telle conclusion serait pourtant inexacte.

Hiérarchiser, un mal nécessaire de la gouvernance

Prendre une décision d'affaires est complexe. Manning l'a d'ailleurs écrit en 1984⁷. Le contexte d'urgence dans lequel l'homme d'affaires doit prendre des décisions fondées sur l'intuition et des données fragmentaires impose des choix et des sacrifices. À ce titre, la théorie des parties prenantes ne signifie pas que toutes les parties prenantes doivent nécessairement être prises en compte. Il faut bien comprendre que cette théorie implique, pour les CA et la direction, d'avoir une cartographie des parties prenantes et un processus décisionnel, bien explicité en ces termes par Yvan Allaire et Stéphane Rousseau:

1. Déterminer l'objectif poursuivi et l'intérêt de la société dans le cadre d'une décision spécifique.
2. Établir un processus décisionnel qui soit rigoureux et fasse usage de toute l'information «raisonnablement accessible».
3. Apprécier les attentes raisonnables des parties prenantes pouvant exercer des recours contre la société.
4. Identifier les options qui, selon le jugement d'affaires des administrateurs, servent le mieux les intérêts à long terme de l'entreprise⁸.

En fin de compte, tout CA doit réaliser un arbitrage entre les divers intérêts de façon à déterminer une solution qui lui paraît raisonnable et qui correspond à l'intérêt de la société à long terme⁹. Dans le cas des compagnies aériennes, leurs décisions d'affaires peuvent donc ne pas satisfaire l'intérêt des voyageurs. Il en va encore plus ainsi dans le contexte de la COVID-19. Dans un article récent, M^{me} Sarah Keohane Williamson précise utilement que, dans ce contexte qui met en jeu l'existence même des entreprises, il est impératif pour elles de hiérarchiser leurs priorités. La première de toute est de survivre¹⁰. M^{me} Sarah Keohane Williamson offre la représentation suivante de cette hiérarchie:

En refusant le remboursement, les compagnies aériennes sacrifient certes l'intérêt des voyageurs. Néanmoins, leur survie impose un tel choix. Leur CA et leur direction n'ont guère le choix. Sinon, c'est la faillite. Pas sûr que les voyageurs souhaitent la faillite des compagnies aériennes pour un remboursement de billets. Tout le monde peut comprendre ce que j'expose ici. Pourquoi alors ce désamour entre voyageurs et compagnies aériennes? Malheureusement parce que l'attitude des compagnies fait place à une profonde incompréhension, qu'on peut résumer ainsi:

1. Les premières solutions des compagnies aériennes en lieu et place du remboursement n'ont pas été satisfaisantes et ont été fortement critiquées. Les compagnies ont dû les modifier devant la grogne générale. N'auraient-elles pas dû mieux penser leurs solutions pour éviter de suggérer un sentiment de mépris de leurs passagers? N'auraient-elles pas pu aller plus loin¹¹?
2. Le contexte particulier de la pandémie (baisses de salaire, mises à pied, fermetures d'entreprise...) aurait dû pousser les compagnies aériennes à envisager un retour d'argent minimal au profit des passagers. Pourquoi ne pas avoir procédé à un remboursement partiel? Pourquoi le style «tout ou rien» qui s'est traduit, dans la majorité des cas, en rien?
3. Comment un secteur si lucratif pendant tant d'années peut aujourd'hui se retrouver dans une situation aussi dramatique? Où sont les réserves financières des compagnies qui auraient permis de financer un remboursement au moins partiel des passagers? Où est passé l'argent gagné durant des années? L'absence de prévision des coups durs et la stratégie de courte vue des compagnies aériennes sont évidentes. Le cabinet Osler a pourtant récemment rappelé qu'il était important que le CA soit conscient en tout temps des risques financiers que court la société et qu'il soit sensible aux problèmes de liquidités à venir qui pourraient causer des difficultés financières¹². Du travail reste à faire!

Une posture inquiétante

Au-delà du problème de gouvernance, la posture des compagnies aériennes est inquiétante sur le plan de la légalité. Il faut distinguer les échelons fédéral et provincial. Au fédéral, le professeur Marc Lacoursière a rappelé que le *Règlement sur la protection des passagers aériens* demeure silencieux au sujet de la possibilité de rembourser les passagers dont le vol a été annulé¹³. L'Office des transports du Canada (OTC) s'est montré peu favorable aux consommateurs. En l'absence d'un remboursement, l'OTC a précisé qu'«une solution qui serait convenable dans le contexte actuel serait que les compagnies aériennes fournissent aux passagers touchés des bons ou des crédits pour des vols futurs qui n'expireront pas dans un délai déraisonnablement court (un délai de 24 mois serait jugé raisonnable dans la plupart des cas)»¹⁴. Au Québec, il en va différemment. Le Code civil et la *Loi sur la protection des consommateurs* s'appliquent¹⁵. Or, la force majeure qu'a représentée la COVID-19 a des répercussions sur le contrat conclu par les voyageurs avec les compagnies aériennes. M^e Élise Thériault d'Option consommateurs l'a fait savoir: «Notre loi, notre Code civil, prévoit que les consommateurs devraient avoir droit à un remboursement vu que c'est une situation de force majeure»¹⁶. Dans le magazine *Protégez-vous*, elle renchérit: «Offrir un crédit voyage, ce n'est pas illégal [...]. Il y a des gens pour qui ça peut convenir. Mais forcer ceux qui souhaitent un remboursement à se contenter d'un crédit voyage, selon nous, ça ne devrait pas pouvoir se faire»¹⁷. L'Office de la protection du consommateur a confirmé cette opinion en précisant que, même en cas de force majeure, comme une pandémie, le commerçant a l'obligation de rembourser¹⁸. Les articles 1693 et 1694 du Code civil parlent d'eux-mêmes. Au Québec, la formule du droit est la suivante:

COVID-19 = force majeure = absence de voyage = annulation du contrat = remboursement

La survie des compagnies aériennes justifiait peut-être leur refus de rembourser les billets, mais pas une violation de la loi! Pour les compagnies aériennes, l'enchaînement est terrible: elles n'ont pas respecté la loi et ont proposé, qui plus est, une solution peu favorable aux consommateurs (elles ont ajusté les choses par la suite, mais tout de même...), le tout sans que la classe politique s'en offusque. La classe politique a clairement une responsabilité dans toute cette affaire pour ces raisons:

1. Elle soutient les compagnies aériennes depuis le début et donne l'impression de gagner du temps.

2. Elle manque cruellement de vision: il est temps de réformer la loi. Or, il n'y a pour le moment qu'immobilisme. Sachant que les billets d'avion sont achetés de plus en plus auprès des sites Web des compagnies aériennes, pourquoi ne pas obliger celles-ci à placer les fonds dans un compte en fidéicommissé? Pourquoi les consommateurs ne pourraient-ils pas être indemnisés par un fonds spécifique? Pourquoi ne pas instaurer un système de garantie pour les crédits de voyage en cas d'insolvabilité du transporteur afin de rembourser les consommateurs?¹⁹

Pour une aide aux compagnies aériennes

Tout cela n'est-il pas la preuve que les compagnies aériennes – à l'image des grandes entreprises – ont trop de poids dans nos sociétés modernes? Il n'y a pas si longtemps, le *too big to fail* des institutions financières était pointé du doigt. Avec la COVID-19, ce sont toutes les grandes entreprises qui le deviennent, notamment dans des secteurs où la concurrence est un mythe comme le transport aérien. Il faut alors en tirer les conséquences et aider financièrement les compagnies aériennes. Leur disparition aurait de trop lourdes conséquences (économiques, sociales, fiscales, politiques...). Tant pis pour la dette des gouvernements fédéral et provinciaux. De toute façon, les gouvernements aident déjà les compagnies en leur permettant de conserver les liquidités de leurs passagers, le tout dans une légalité douteuse. Que les gouvernements aident financièrement les compagnies aériennes (qu'ils se rassurent, les **États-Unis**, l'**Allemagne** et la **France** le font déjà) et exigent, en contrepartie, le remboursement des billets des passagers. L'arnaque²⁰ prendra fin.

¹ Julien ARSENAULT, «**Vols annulés: Ottawa encourage, sans obligation, les remboursements**», *Le Devoir*, 23 octobre 2020. [↗](#)

² Marie-France MARTEL, «**Des consommateurs attendent toujours des remboursements de voyage**», *Radio-Canada*, 22 octobre 2020. [↗](#)

³ *La facture*, «**Le point sur les actions collectives pour les voyages annulés**», ICI-Télé, Radio-Canada, 7 avril 2020. [↗](#)

⁴ Edward R. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, New York, Cambridge University Press, 1984. [↗](#)

⁵ *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, (2004) C.S.C. 68, [2004] 3 S.C.R. 461. [↗](#)

⁶ Pour cette constatation, voir: Ivan TCHOTOURIAN et Charles TREMBLAY-POTVIN, «*Sears Canada: Les retraités sacrifiés à l'aune de la primauté actionnariale?*», dans *Le droit des aînés*, C. Morin (dir.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 373-414. [↗](#)

⁷ «The decision the businessman must make are fraught with risk, and he is quite accustomed to making these decisions in a hurry on the basis of hunch and manifestly sparse data. The businessman and the board of directors thrive or die in a sea of uncertainty». (Bayless MANNING, «The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention Time for Reality», *Business Lawyer*, no 39, 1984, à la p. 1482.) [↗](#)

⁸ Yvan ALLAIRE et Stéphane ROUSSEAU, *Gouvernance et partie prenante: l'obligation du conseil d'administration d'agir dans l'intérêt de la société*, Montréal, IGOPP, 2014, aux p. 32 et s. [↗](#)

⁹ Yvan ALLAIRE et Stéphane ROUSSEAU, *Gouvernance et partie prenante: l'obligation du conseil d'administration d'agir dans l'intérêt de la société*, Montréal, IGOPP, 2014, à la p. 35. [↗](#)

¹⁰ «Survival for the company itself represents the basic need of the hierarchy. A company's first priority has to be ensuring it is resilient (and liquid) enough to outlast the crisis. If this need is not met, there are no employees, customers, or other stakeholders to serve. Hard decisions may have to be made to ensure the long-term survival of the enterprise that will affect other tiers of needs – closing stores, furloughing employees, or postponing dividends to investors». (Sarah KEOHANE WILLIAMSON, «**A Hierarchy of Stakeholder Needs**», *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 22 juin 2020.) [↗](#)

¹¹ Pourquoi pas un crédit permettant de voyager dans les mêmes conditions de services que celles qui figuraient dans la réservation initiale, c'est-à-dire au même prix? (Marc LACOURSIÈRE, «**J'ai mon voyage!**», *Observatoire sur les pandémies et les métamorphoses du droit*, Facebook, 9 juin 2020) [↗](#)

¹² Osler, *Difficultés financières: le rôle du conseil d'administration*, 2019, à la p. 30. [↗](#)

¹³ Marc LACOURSIÈRE, «**J'ai mon voyage!**», *Observatoire sur les pandémies et les métamorphoses du droit*, Facebook, 9 juin 2020. [↗](#)

¹⁴ OTC, «**Message concernant les crédits**», 25 mars 2020. [↗](#)

¹⁵ Stéphane DESJARDINS, «**Peut-on vraiment se faire rembourser un billet d'avion annulé depuis la pandémie?**», *TVA Nouvelles*, 7 juillet 2020. [↗](#)

¹⁶ «**Voyageurs, vous avez droit à un remboursement**», *Le Journal de Montréal*, 6 mai 2020. [↗](#)

¹⁷ Marie-Ève SHAFFER, «**Voyages annulés à cause de la COVID-19: quels sont les recours possibles?**», *Protégez-vous*, 2 avril 2020. [↗](#)

¹⁸ Stéphane DESJARDINS, «**Peut-on vraiment se faire rembourser un billet d'avion annulé depuis la pandémie?**», *TVA Nouvelles*, 7 juillet 2020. [↗](#)

¹⁹ Marc LACOURSIÈRE, «**J'ai mon voyage!**», *Observatoire sur les pandémies et les métamorphoses du droit*, Facebook, 9 juin 2020. [↗](#)

²⁰ Jean LAMBERT, «**Le crédit de voyage, une arnaque?**», *La Presse, Débat*, 16 mai 2020. [↗](#)