

Les mécanismes internes contribuant à la culture de conformité : la place des codes de conduite

*Julie BIRON**

**Internal Control Mechanisms and the Compliance Culture:
The Role of Codes of Conduct**

**Los mecanismos internos que contribuyen a la cultura
de cumplimiento: el rol de los códigos de conducta**

**Os Mecanismos Internos e a Cultura da Conformidade:
O Papel dos Códigos de Conduta**

合规文化及其内控机制：行为准则的作用

Résumé

La série de scandales financiers qui a éclaté au début des années 2000 ainsi que la crise de confiance qui a suivi ont donné ouverture à l'expression par les régulateurs, les tribunaux et les investisseurs d'un désir que les sociétés agissent de manière intègre et éthique et qu'elles mettent en place des programmes de conformité. Les efforts visant à assurer le maintien d'une culture d'entreprise où se côtoient

Abstract

The series of financial scandals that erupted in the early 2000s and the ensuing crisis of confidence opened the way for regulators, courts and investors to express a desire for companies to act ethically and with integrity and to implement compliance programs. Efforts to build and foster an entrepreneurial culture guided by values and principles of ethics, integrity and transparency generally take

* Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

des principes et des valeurs d'éthique, d'intégrité et de transparence se matérialisent généralement par l'élaboration et la mise en place d'un ensemble de mécanismes internes. Sans avoir l'ambition d'examiner l'ensemble des instruments participant au respect des lois et règlements applicables au domaine d'activité d'une société donnée, le texte qui suit est consacré à l'étude des codes de conduite qui constituent sans aucun doute la pierre d'assise de tout programme de conformité.

Resumen

La serie de escándalos financieros que estalló a principios de los años 2000, así como la crisis de confianza que los siguió, dieron lugar tanto de parte de los reguladores, como de los tribunales e inversionistas a un interés de que las compañías actúen con integridad y ética e implementen programas de cumplimiento. Los esfuerzos desplegados para mantener una cultura de empresa donde alternan principios y valores de ética, integridad y transparencia generalmente se materializan en la elaboración y la implementación de un conjunto de mecanismos internos. Sin pretender examinar todos los instrumentos que promueven el respeto de las leyes y reglamentos aplicables al campo de actividad de una sociedad determinada, el siguiente texto está consagrado al estudio de los códigos de conducta que constituyen sin lugar a dudas la piedra angular de cualquier programa de cumplimiento.

the form of the development and implementation of a set of in-house mechanisms. Without attempting to examine all the instruments involved in complying with the laws and regulations that apply to any specific sector of activity, the following article presents an overview of the codes of conduct that are, without question, the cornerstone of any compliance program.

Resumo

A série de escândalos financeiros que irrompeu no início dos anos 2000, assim como a crise de confiança que se seguiu conduziram à expressão por parte dos reguladores, tribunais e investidores do desejo de que as empresas ajam de maneira íntegra e ética e que implementem programas de conformidade. Os esforços que visam a assegurar a manutenção de uma cultura de empresa em que estejam lado a lado princípios e valores de ética, integridade e transparência geralmente se materializam na forma de elaboração e implementação de um conjunto de mecanismos internos. Sem a pretensão de examinar a totalidade dos instrumentos que se ocupam do respeito às leis e reglamentos aplicáveis ao campo de atividade de uma determinada empresa, o texto que segue se consagra ao estudo dos códigos de conduta que constituem sem nenhuma dúvida a pedra fundamental de todo programa de conformidade.

摘要

2000年初爆发的一系列金融丑闻以及接踵而至的信任危机使得监管机构、法院及投资者希望公司能以诚信、符合道德的方式行事，并实施合规计划。这些努力旨在维持由道德、诚信和透明等原则与价值所构成的公司文化，通常具体化为制定和实施一整套内控机制。本文的目的不是考查某一公司要求符合某一具体业务领域法律法规的所有规范性文件，而是研究构成任何合规计划基石的行为准则。

Plan de l'article

Introduction	599
I. Les codes et leur source légale	601
II. Dans quel contexte les codes de conduite contribuent-ils à la création d'une culture de conformité?	605
A. Les valeurs personnelles des individus à l'emploi de la société ainsi que les facteurs culturels et sociaux.....	606
B. La culture de la société.....	606
C. Les facteurs organisationnels.....	609
III. Pourquoi adopter un code de conduite?	610
Conclusion	612

Traditionnellement, la maximisation des profits et la croissance de la société ont été considérées comme des objectifs légitimes devant guider les décisions des administrateurs et des dirigeants. La série de scandales financiers qui a éclaté au début des années 2000 ainsi que la crise de confiance que l'on a connue à la fin de cette même décennie ont toutefois permis de cristalliser un changement de paradigme¹ qui avait cours depuis un certain nombre d'années en ce qui a trait au rôle des sociétés². En effet, ces événements ont ouvert les valves aux régulateurs, aux tribunaux³ et aux investisseurs⁴, qui ont exprimé avec plus d'insistance leur désir que les sociétés agissent de manière intègre et éthique et qu'elles mettent en place des programmes de conformité.

La conformité fait référence au respect des lois, règlements, règles, politiques et principes applicables au domaine d'activité d'une société

¹ Il a traditionnellement été considéré que le processus décisionnel suivi par les administrateurs et les dirigeants doit tendre à maximiser la valeur des sociétés. Cette conception du rôle des membres de la direction a longtemps placé les actionnaires au centre de la réflexion relative à la gestion des affaires et au contrôle de l'exercice du pouvoir décisionnel. En effet, le statut de bénéficiaire résiduel des actionnaires crée pour eux un intérêt particulier pour une maximisation de la valeur de la société. Voir à ce sujet : Gordon D. SMITH, « The Shareholder Primacy Norm », (1998) 23 *J. Corp. L.* 277. Or, les différentes crises que nous avons traversées ont permis de mieux mesurer les risques liés à une vision axée principalement sur l'intérêt des actionnaires, ce qui a donné plus de force aux voix qui souhaitaient que les organisations soient des acteurs sociaux responsables qui ne se préoccupent pas uniquement de leur rentabilité. Au Canada, la Cour suprême a pris acte de cette volonté dans la décision *Magasin à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise* (2004 CSC 68, par. 42) lorsqu'elle a indiqué que les administrateurs peuvent prendre en considération les intérêts de l'ensemble des parties prenantes afin de les guider dans leur prise de décisions.

² En lien avec la théorie des parties prenantes et cette vision plus large du rôle des sociétés, voir : Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Les éditions Thémis, 2011, p. 82 et suiv. ; David JOHNSTON, Kathleen ROCKWELL et Cristie FORD, *Canadian Securities Regulation*, 5^e éd., Markham, LexisNexis, 2014, p. 710. Voir aussi : Anna BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes – On Global Self-Regulation and National Private Law*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2005, p. 21.

³ Voir notamment : *Magasin à rayons Peoples Inc (Syndic de) c. Wise*, préc., note 2 et *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69.

⁴ Cette prise de conscience s'est notamment manifestée par la création d'experts-conseil qui offrent des services de recherche et de conseil extrafinanciers mettant l'accent sur les enjeux éthiques, sociaux et environnementaux. Au Québec, on peut penser aux services offerts par le Groupe Investissement Responsable (GIR).

donnée⁵. Elle vise à ce que tous les acteurs au sein de l'organisation connaissent ces règles et s'y conforment⁶. Selon certains, la conformité va plus loin et vise également le maintien d'une culture d'entreprise où se côtoient des principes et des valeurs d'éthique, d'intégrité et de transparence⁷.

Cette volonté d'assurer une plus grande conformité au sein des sociétés se matérialise par l'élaboration et la mise en place d'un ensemble de mécanismes internes. Considérant qu'une revue de l'ensemble des instruments qui participent aux processus de conformité⁸ dépasse largement le mandat qui nous a été confié, nos ambitions sont ici plus modestes. Les lignes qui suivent sont consacrées à l'étude des codes de conduite⁹ qui constituent sans aucun doute la pierre d'assise de tout programme de conformité. Nous proposons dans un premier temps de jeter un regard sur les

⁵ Goeffrey P. MILLER, *The Law of Governance, Risk Management, and Compliance*, New York, Wolter Kluwer Law & Business, 2014, p. 3.

⁶ Katharina WULF, *Ethics and Compliance Programs in Multinational Organizations*, Berlin, Springer Gabler, 2011, p. 8.

⁷ Selon ces derniers, les programmes de conformité visent essentiellement deux objectifs. Tout d'abord, ils souhaitent prévenir, détecter et répondre adéquatement aux violations des règles légales et internes tout en promouvant l'adoption de comportements éthiques au sein de la société. Jay M. COHEN, « Compliance and the Code of Conduct », dans Bart SCHWARTZ et Amy L. GOODMAN (dir.), *Corporate Governance: Law and Practice*, chapitre 13, à la p. 13-6. Selon Arjoon, il y a une distinction à faire entre les mécanismes de conformité légaux et les mécanismes de conformité éthiques. Si les mécanismes de conformité légaux sont un ensemble de règles et de limitations visant à prévenir les comportements contrevenant à la loi, les mécanismes de conformité éthiques sont un ensemble de principes et de valeurs ayant pour objectif d'inciter les participants à adopter un comportement responsable. Ainsi, les premiers s'intéressent aux gestes posés et à la conduite des individus, alors que les deuxièmes s'intéressent aux raisons, aux motivations qui doivent influencer le processus décisionnel afin que les choix ne soient pas imprudents – bien que légaux. En ce sens, selon elle, il n'est pas possible d'avoir une réelle culture de conformité au sein d'une société s'il n'existe pas de culture « éthique ». Surendra ARJOON, « Corporate Governance: An Ethical Perspective », (2005) 61 *Journal of Business Ethics* 343, 347-349.

⁸ Sur ce sujet, voir notamment : G.P. MILLER, préc., note 6 ou Stéphane ROUSSEAU, « L'obligation de surveillance des administrateurs à l'ère de la conformité », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 417, *Développements récents en droit des affaires* (2016), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 227, à la page 235.

⁹ Différentes expressions sont utilisées pour faire référence à ce que nous désignerons comme des codes de conduite. Notamment, on retrouve des codes d'éthique, des codes de conduite professionnelle, des standards d'affaires, des guides d'éthique, des énoncés de valeurs, etc. Habituellement, la désignation entraîne peu de différences dans la nature et l'objectif du document. K. WULF, préc., note 6, p. 19.

sources légales qui peuvent inciter les sociétés à adopter un code de conduite afin d'améliorer la culture interne de conformité (I). Nous examinerons ensuite quels éléments contextuels permettent aux codes de conduite de contribuer à l'atteinte cet objectif (II). Enfin, nous consacrerons la dernière partie de cette courte étude à l'examen de ce qui peut pousser une société à recourir à ce type d'instrument (III).

I. Les codes et leur source légale

Qu'est-ce qu'un code de conduite? Il s'agit d'un document adopté par une société faisant état des valeurs auxquelles elle adhère et précisant le comportement qui est attendu des différents acteurs qui la composent¹⁰. En ce sens, un code de conduite possède un contenu variant selon la nature des activités menées par la société, sa taille et le contexte dans lequel elle évolue¹¹. Malgré le contenu variable de ce dernier, on peut affirmer qu'un code de conduite contient généralement un engagement public à respecter les règles applicables et certaines normes éthiques en lesquelles une société croit¹².

Actuellement, l'adoption d'un code de conduite constitue l'un des mécanismes privilégiés par les directions des sociétés pour répondre aux pressions des parties prenantes et des actionnaires qui souhaitent que la société se conforme aux différentes obligations qui s'imposent à elles¹³. Cet engoue-

¹⁰ Kaptein et Wempe expliquent que le code d'éthique est un document qui « indicates the basic corporate responsibilities toward stakeholders, and that formulates virtues and principles applicable to the entire corporation ». Muel KAPTEIN et Johan WEMPE, *The Balanced Company: A Theory of Corporate Integrity*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 272; J.M. COHEN, préc., note 8, p. 13-62. Voir également les différentes définitions recensées par la professeure Stevens: Betsy STEVENS, « Corporate Ethical Codes: Effective Instruments for Influencing Behavior », (2008) 78 *Journal of Bus. Ethics* 601, 601.

¹¹ En effet, les codes de conduite communiquent à un auditoire l'importance qui est accordée par la société au respect de certaines obligations ou principes. Il s'agit d'un outil de communication qui permet de préciser quel est le comportement attendu des représentants de la société. A. BECKERS, préc., note 3, p. 22; Roland L. TROPE et Eugene K. RESSLER, « Mettle Fatigue: VW's Single-Point-of-Failure Ethics », (2016) 14(1) *IEEE Security & Privacy* 12, en ligne: <<https://www.computer.org/csdl/mags/sp/2016/01/msp2016010012-abs.html>> (consulté le 1^{er} septembre 2017), 23.

¹² K. WULF, préc., note 6, p. 18.

¹³ Selon certains, l'élaboration d'un programme de conformité au sein d'une société passe obligatoirement par l'adoption d'un code de conduite. J.M. COHEN, préc., note 7, p. 13-85.

ment pour les codes s'explique entre autres par les différents incitatifs mis en place par les législateurs à travers le temps.

À titre d'illustration, on peut penser à l'effet de la Loi Sarbanes-Oxley¹⁴ qui est la principale réponse aux scandales qui se sont produits aux États-Unis au début des années 2000. Cette loi, qui vise à accroître l'imputabilité des sociétés afin d'assurer une meilleure protection des investisseurs et une plus grande confiance envers les marchés¹⁵, prévoit que les sociétés publiques ont l'obligation de divulguer si elles possèdent ou non un code s'appliquant à ses employés clés¹⁶. Notamment, l'article 406(a) de la Loi Sarbanes-Oxley précise que la société doit divulguer si elle a adopté un code de conduite¹⁷ s'appliquant au principal chef de la direction, au principal directeur des finances, au responsable de la comptabilité et des vérifications ou aux personnes occupant des positions similaires au sein de la société. Dans l'éventualité où la société n'a pas adopté de code de conduite,

¹⁴ *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. 107-204, 15 USC § 7201, 116 Stat. 745 (ci-après « Loi Sarbanes-Oxley »). Mentionnons également l'effet important des *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* adoptées dans leur version originale en 1991. Ces lignes directrices visaient à mettre en place des règles encadrant la large discrétion des juges fédéraux en matière de détermination des peines.

¹⁵ D. JOHNSTON, K. ROCKWELL et C. FORD, préc., note 2, p. 715.

¹⁶ *Loi Sarbanes-Oxley*, préc., note 14, art. 406. Voir notamment: Richard MOBERLY et Lindsey E. WYLIE, « An Empirical Study of Whistleblower Policies in United States Corporate Codes of Ethics », dans *Whistleblowing and Democratic Values* (à paraître), en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=1961651>> (consulté le 1^{er} septembre 2017).

¹⁷ La Loi Sarbanes-Oxley définit le code d'éthique comme étant: « [...] such standards as are reasonably necessary to promote – (1) honest and ethical conduct, including the ethical handling of actual or apparent conflicts of interest between personal and professional relationships; (2) full, fair, accurate, timely, and understandable disclosure in the periodic reports required to be filed by the issuer; and (3) compliance with applicable governmental rules and regulations. De même, l'article 406(b) de cette loi indique que: « For purposes of this Item 406, the term *code of ethics* means written standards that are reasonably designed to deter wrongdoing and to promote:

- (1) Honest and ethical conduct, including the ethical handling of actual or apparent conflicts of interest between personal and professional relationships;
- (2) Full, fair, accurate, timely, and understandable disclosure in reports and documents that a registrant files with, or submits to, the Commission and in other public communications made by the registrant;
- (3) Compliance with applicable governmental laws, rules and regulations;
- (4) The prompt internal reporting of violations of the code to an appropriate person or persons identified in the code; and
- (5) Accountability for adherence to the code. »

elle doit expliquer pourquoi elle a fait ce choix. De même, la société doit afficher le code qu'elle a adopté sur sa page internet et mentionner dans son rapport annuel l'adresse de la page où il est possible de le consulter.

La Loi Sarbanes-Oxley a eu une influence¹⁸ sur les choix réglementaires qui ont été effectués au Canada en ce qui concerne les codes de conduite¹⁹. En effet, même si le Canada n'a connu aucun scandale financier de l'importance de ceux qui ont frappé les États-Unis²⁰, les autorités en valeurs mobilières des provinces ont tout de même senti le besoin de rassurer les investisseurs relativement à l'intégrité des marchés financiers²¹. En lien avec les codes de conduite, l'article 3.8 de l'Instruction générale 58-201²² indique que le conseil d'administration devrait adopter un code écrit, applicable aux dirigeants et salariés de l'émetteur, qui définit des normes visant à promouvoir l'intégrité et à prévenir les fautes. De même, l'article 2.3 du Règlement 58-101²³ prévoit que l'émetteur qui a adopté ou modifié un code écrit doit en déposer une copie ainsi que toute modification de celui-ci au moyen de SEDAR au plus tard à la date où il doit déposer ses prochains états financiers, à moins qu'il ne l'ait déjà fait. Par ailleurs, l'Annexe 58-101A1²⁴ portant sur les informations en lien avec les questions de gouvernance précise que la circulaire d'informations que la direction des sociétés doit faire parvenir aux actionnaires lors des assemblées annuelles doit indiquer si le conseil d'administration a adopté ou non un code écrit à l'intention des administrateurs, des dirigeants et des salariés. Dans l'affirmative, la circulaire doit indiquer comment une personne peut obtenir le texte du code et décrire de quelle façon le conseil veille au respect de celui-ci. De plus, la circulaire d'information doit indiquer les

¹⁸ En matière de gouvernance, l'Autorité des marchés financiers a généralement privilégié une approche discrétionnaire s'appuyant sur l'expression de principes en implantant une obligation de se conformer aux exigences énoncées ou d'expliquer pourquoi la société a fait le choix de ne pas suivre la direction proposée. J.M. COHEN, préc., note 7, p. 13-10.

¹⁹ BOB TRICKER, *Corporate Governance – Principles, Policies, and Practices*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 21.

²⁰ Au Canada, on peut néanmoins penser aux affaires Nortel, Cinar ou Hollinger.

²¹ R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 2, p. 333.

²² AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Instruction 58-201 relative à la gouvernance*, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/58-201/2005-06-30/2005juin30-58-201-ig-vadmin-fr.pdf>> (consulté le 1^{er} septembre 2017).

²³ *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance*, RLRQ, c. V.1.1, r. 3.

²⁴ *Id.*

autres mesures prises par le conseil d'administration pour encourager et promouvoir une culture d'éthique commerciale.

Il appert donc que les provinces canadiennes et les États-Unis ont fait le choix de ne pas adopter de règles impératives en favorisant l'autoréglementation et la divulgation des pratiques afin de permettre aux marchés financiers de discipliner les comportements indésirables. S'appuyant sur des techniques classiques d'encadrement dans le domaine des valeurs mobilières, les règles actuelles visent à informer les investisseurs et les autres participants des mesures mises en place en permettant aux émetteurs assujettis d'adopter des mesures tenant compte de leurs spécificités et du marché dans lequel ils évoluent. Reconnaissant que les codes de conduite peuvent contribuer à promouvoir un comportement plus éthique et intègre au sein des sociétés, ces règles transmettent le message aux membres de la direction qu'ils sont responsables de mettre en place des mesures qui participent au respect des règles.

Or, malgré ce préjugé favorable envers les codes de conduite, un certain nombre d'évènements ont mis en évidence les écarts que l'on peut trouver entre les affirmations contenues dans les codes et les comportements observés dans le cadre des activités menées par les sociétés²⁵. À titre d'illustration, on peut notamment mentionner le fait que la société Enron possédait un code de conduite de 64 pages²⁶ qui avait été distribué aux employés en leur soulignant l'importance d'agir en conformité avec les règles applicables. Comme on le sait maintenant, la présence de ce code n'a pas suffi à mettre un frein aux comportements non éthiques ou illégaux qui ont été découverts au début des années 2000. Dans ce contexte, il semble légitime de se demander si la présence d'un code de conduite peut réellement influencer le comportement des membres de la société ou le processus décisionnel des personnes en position d'autorité, ou si l'adoption d'un code est simplement une déclaration d'intention sans réelle conséquence.

²⁵ On n'a qu'à penser à la récente situation vécue par la société Volkswagen. En effet, Volkswagen avait un code d'éthique disponible sur son site internet depuis son adoption en 2010, or, cela n'a pas permis d'éviter les contraventions aux lois environnementales.

²⁶ ENRON, *Code of Ethics*, juillet 2000.

II. Dans quel contexte les codes de conduite contribuent-ils à la création d'une culture de conformité ?

Les codes de conduite peuvent participer de manière importante à la promotion des valeurs et des standards préconisés par une société. Ils peuvent, en effet, contribuer à définir les comportements attendus et les limites imposées aux employés afin de leur permettre de prendre des décisions respectant la loi et la philosophie de la société²⁷. À l'évidence, l'adoption d'un code de conduite n'est pas toutefois suffisante²⁸ et les comportements observés au sein d'une société n'évolueront pas si cette dernière se contente de copier le code de conduite d'une autre société²⁹.

Comme le souligne Cooper, « [a] code of ethics cannot make people or companies ethical. But nor can hammer and saw produce furniture. In both cases they are necessary tools, which need intelligent design and use. »³⁰ Ainsi, pour que les changements attendus se produisent, il est également nécessaire que des gestes concrets soient posés afin d'établir clairement l'importance des standards énoncés par le code³¹. Dans ce contexte, il est donc pertinent de s'interroger sur les éléments qui contribuent à l'atteinte des objectifs d'un code de conduite en matière de conformité.

On sait que différents facteurs, sur lesquels les sociétés ont un certain contrôle ou non, sont susceptibles d'avoir un impact sur l'atteinte des standards établis par le code de conduite. Parmi ceux-ci, on retrouve notamment (A) les valeurs personnelles des individus à l'emploi de la société, ainsi que les facteurs culturels et sociaux; (B) la culture de la société; et (C) les facteurs organisationnels. Il convient donc de s'attarder sur ces facteurs pour saisir de quelle façon ils influent sur le comportement des différents acteurs et incidemment sur l'efficacité du code de conduite.

²⁷ Scott KILLINGSWORTH, « Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture », (2012) 25 *Georgetown J. of Legal Ethics* 961, 961.

²⁸ Voir à ce sujet: Megan BARRY, « Why Ethics & Compliance Programs Can Fail », (2002) 23 *Journal of Business Strategy* 37; B. STEVENS, préc., note 10, 604.

²⁹ Comme Stevens le souligne: « [...] the mere existence of a corporate code of ethics does not prevent acts of egregious behaviour. » B. STEVENS, préc., note 10, 603.

³⁰ Neville COOPER, 'Foreword', *Developing a Code of Business Ethics*, Londres, Institute of Business Ethics, 1990, p. 8.

³¹ Comme Cohen l'indique: « It is not sufficient to have a code of conduct on paper, even one that on its face meets all of legal requirements, if that code is not understood, respected and followed, from the top of the organisation on down. » J.M. COHEN, préc., note 7, p. 13-14.

A. Les valeurs personnelles des individus à l'emploi de la société ainsi que les facteurs culturels et sociaux

Le processus décisionnel d'une personne est affecté par ses expériences personnelles (son éducation, sa religion, les valeurs véhiculées dans son milieu familial, son éthique personnelle...), ses émotions ainsi que par différents biais cognitifs³². Ces éléments peuvent nuire à la prise de décisions rationnelles s'appuyant uniquement sur l'analyse des coûts et des bénéfices se rattachant au respect des règles ou à leur violation. Par ailleurs, cela a également un impact sur leur capacité à reconnaître un enjeu éthique³³.

Évidemment, les sociétés n'ont pas de contrôle sur la moralité ou les valeurs de leurs employés, sauf par le choix des personnes qui seront engagées. Certes, les valeurs d'un individu peuvent se vérifier lors du recrutement par différents tests. S'ils atteignent leur objectif, ces tests sont susceptibles d'écarter les personnes ayant des valeurs indésirables pour l'organisation. Ceci n'est toutefois pas suffisant en soi pour garantir l'efficacité du code de conduite et le respect des valeurs mises de l'avant par une société.

Les principes de chaque individu ne se déterminent pas en vase clos. Les contextes social et économique constitue des facteurs influant sur le comportement des personnes et leurs convictions. En effet, les idéaux sous-tendant les décisions éthiques, les influences externes, les idées diffusées par les médias et même la situation économique ont un impact sur l'adoption de comportements indésirables par les individus. C'est à ce niveau que les lois ainsi que les règles sociales ou religieuses du milieu auquel la personne appartient ont un impact sur les choix qui seront faits³⁴.

B. La culture de la société

Il n'est pas suffisant de fournir un code d'éthique ou des règles de conduite aux employés pour les informer de leurs responsabilités et des conséquences découlant d'une contravention aux règles établies. On doit

³² Christopher HODGES, *Law and Corporate Behaviour – Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2015, p. 695.

³³ Diane GIRARD, « Les dimensions psychologiques de l'éthique: l'impact du contexte organisationnel », (2004) 8 *Revue Interactions* 81, 85.

³⁴ *Id.*

également s'assurer que les standards soient mis en œuvre et que le message se répercute dans le comportement de tous, y compris celui des cadres supérieurs³⁵.

Afin de s'assurer du respect du code de conduite, les règles qui y sont exprimées doivent être appliquées systématiquement et avec le plus de cohérence possible. Comme Diane Girard le souligne :

L'expérience nous démontre [...] que la perception, ici, a tout autant de poids que la réalité. En effet, si les employés perçoivent que les gestes de leur supérieur manquent d'honnêteté ou de respect envers les autres, c'est ce qu'ils retiennent et ce sur quoi ils s'appuient pour comprendre ce que sont « les pratiques acceptables » même si, en réalité, l'acte posé par le gestionnaire n'était pas malhonnête, abusif ou irrespectueux.³⁶

Une étude menée par Linda K. Trevino³⁷ en arrive aux mêmes conclusions. Le message implicite que les employés reçoivent à travers leurs expériences a beaucoup plus d'influence sur l'atteinte des objectifs de conformité que les messages explicites véhiculés par les codes d'éthiques ou autres documents internes³⁸. Comme Killingsworth l'indique : « actions

³⁵ En effet, les dirigeants ont souvent tendance à privilégier la profitabilité et conséquemment la croissance de la valeur des titres et cela parfois au détriment de certaines valeurs et de l'intégrité. En ce sens, rappelons que le code d'éthique adopté par Volkswagen mettait l'accent sur l'importance de la réputation de la société et sur son objectif de devenir le plus important fabricant d'automobiles au monde et non pas sur l'importance d'adopter un comportement honnête et intègre. Le message transmis par ce code ainsi que l'attitude des cadres afin d'atteindre de hauts niveaux de performance constituent des explications participant à la compréhension des problèmes qu'a connus la société Volkswagen. Face à la pression pour atteindre des objectifs irréalistes, les employés ont cru qu'il était justifié de transgresser les règles.

³⁶ D. GIRARD, préc., note 33, 94.

³⁷ Linda K. TREVINO et al., « Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts », (1999) 41 *Cal. Mgmt. Rev.* 131.

³⁸ Cette vision est confirmée par Scott Killingsworth : « Messages have a better chance at cultural impact if they hang together as a coherent story: if they draw on already-established ideas, themes, or symbols; if they are consistent and frequently repeated through multiple channels; if they come from admired or authoritative sources; if they are relevant to our status in a group we consider important; if they resonate with experience (or constitute experience!); if they are broadly useful; and if they carry a strong emotional charge. » S. KILLINGSWORTH, préc., note 27, 965. Voir également J.M. COHEN, préc., note 7, p. 13-14.

«speak louder than codes.»³⁹ Ainsi, comme les événements qui ont ébranlé Enron et plus récemment Volkswagen⁴⁰ nous l'ont démontré, il n'est pas suffisant d'avoir un code de conduite : il est nécessaire que le message et le comportement adopté par les dirigeants et les cadres soient conformes aux valeurs exprimées dans ce code.

Lorsque des pratiques malhonnêtes ou frauduleuses semblent faire partie de la description de tâche ou, pire, sont récompensées, il ne faut pas s'étonner que les employés agissent selon cette croyance, et cela, même s'il existe un code de conduite qui indique le contraire. De même, lorsque les cadres supérieurs fixent des objectifs irréalistes, récompensent l'atteinte de ces résultats (sans considération pour les moyens utilisés pour les atteindre) et ne tolèrent pas l'échec, il est à prévoir que les employés contreviennent, lorsque nécessaire, aux valeurs établies.

Ceci est d'autant plus important que, de manière générale, les individus souhaitent être acceptés dans le groupe auquel ils appartiennent. De ce fait, lorsqu'ils seront amenés à prendre une décision, ils prendront en considération ce qu'ils croient acceptable aux yeux de leurs pairs. Ce désir d'éviter les représailles ou de ne pas être ostracisé pourra donc mener une personne à devenir complice des malversations même si cela va à l'encontre de ses valeurs ou des principes exprimés dans un code de conduite⁴¹.

³⁹ S. KILLINGSWORTH, *id.*, 973. Katharina Wulf indique pour sa part : «For a code of conduct, it is perhaps less important what it says than how it is prepared, implemented, and followed up on.» K. WULF, *préc.*, note 6, p. 30.

⁴⁰ La crise vécue par la société Volkswagen a mis en lumière l'importance de l'éthique dans les sociétés. Pendant sept années, le personnel de la société Volkswagen a installé des systèmes en contravention avec le «Clean Air Act» à la connaissance des personnes responsables qui toléraient le manquement aux règles. Outre l'importance des valeurs véhiculées, cette situation a également révélé l'importance du comportement de la direction des sociétés dans le bon fonctionnement des systèmes de conformité. Sur ce sujet voir notamment : Raymonde CRÊTE, «The Volkswagen Scandal from the Viewpoint of Corporate Governance», (2016) 1 *European J. of Risk Reg.* 25.

⁴¹ D. GIRARD, *préc.*, note 33, 93.

C. Les facteurs organisationnels

Différentes études⁴² démontrent qu'outre la culture et les valeurs préconisées au sein de la société⁴³, les moyens de communication⁴⁴ mis en place par la société pour faire connaître ces valeurs⁴⁵ ainsi que les gestes spécifiques qui sont posés pour encourager ou dissuader les comportements éthiques ont un impact important sur les choix des employés.

En ce sens, plusieurs⁴⁶ conçoivent l'adoption d'un code de conduite comme une première étape : ils considèrent que les codes de conduite sont importants puisqu'ils annoncent la couleur des sociétés en matière de conformité. Toutefois, sans effort pour publiciser le code, il est probable que les membres de la direction et les employés considéreront que son adoption n'était qu'un exercice de relation publique. Comme le souligne une étude menée par Kaptein, la seule adoption d'un code de conduite ne suffit pas en soi à réduire les comportements non éthiques⁴⁷. Selon ce dernier, d'autres facteurs tels que le contenu du code de conduite, la fréquence des activités de communication en lien avec le code adopté, la qualité de ces activités de communication et l'intégration du code par les membres de la direction participe à l'influence des codes. Notamment, le fait de faire circuler des mémos internes, des courriels, des « newsletters », de placer des affiches ou d'organiser des séances de formation⁴⁸ et de discussion à l'in-

⁴² Voir le texte de Betsy Stevens qui recense des études menées sur ce sujet. B. STEVENS, préc., note 10; L.K. TREVINO et al., préc., note 37; K. WULF, préc., note 6, p.147 et suiv.

⁴³ La culture qui existait au sein d'Enron ou de Volkswagen a permis aux malversations qui ont été par la suite révélées d'avoir lieu puisque la culture organisationnelle encourageait (implicitement) ces dernières.

⁴⁴ Les principes et valeurs énoncés dans le code de conduite ne peuvent avoir d'impact si les personnes œuvrant au sein de la société n'ont pas connaissance du contenu du code ou s'ils ne saisissent pas le sens de ce dernier. En outre, il est de la plus haute importance que le message soit le même pour l'ensemble des acteurs et que l'application du code soit cohérente.

⁴⁵ B. STEVENS, préc., note 10, 605-606.

⁴⁶ Kirk S. JORDAN, « Designing and Implementing a Corporate Code of Conduct in the Context of an "Effective" Compliance Program », (1993) 12 *Preventive L. Res.* 3, 6 et J.M. COHEN, préc., note 8, p. 13-73 et suiv.

⁴⁷ Muel KAPTEIN, « Toward Effective Codes: Testing the Relationship with Unethical Behavior », (2011) 99 *Journal of Business Ethics* 233.

⁴⁸ Les séances de formation aident les employés à comprendre le contenu du code de conduite et comment ses règles s'appliquent dans leurs tâches quotidiennes. K. WULF, préc., note 6, p. 30.

terne participent à l'atteinte des objectifs fixés par un code de conduite. De même, l'engagement des membres de la direction et l'adoption d'objectifs par ces derniers ont une influence importante sur l'efficacité des codes de conduite⁴⁹.

Par ailleurs, selon certaines études⁵⁰, la fréquence des activités de communication est un indicateur de l'importance qu'une société accorde au code de conduite, ce qui a un impact direct sur l'attitude des employés et des dirigeants par rapport au code. Plus le message sera omniprésent et cohérent avec le comportement observé, meilleures seront les chances que les employés adoptent et appliquent les valeurs et les principes véhiculés par le code⁵¹. Pour que le code de conduite participe à la réduction des comportements non éthiques au sein de la société, il est important que son sens et ses implications soient compris et que les individus visés aient les moyens de le mettre en pratique.

En somme, l'éthique et la conformité au sein des sociétés dépassent l'adoption d'un code de conduite et nécessitent un engagement constant des cadres et des dirigeants. Toutefois, on peut croire qu'un code de conduite peut contribuer de manière importante à la culture éthique de la société et au respect par cette dernière des règles auxquelles elle est assujettie lorsque ce dernier fait partie intégrante d'un ensemble de mécanismes de conformité et que les employés en acceptent la légitimité.

III. Pourquoi adopter un code de conduite ?

Aujourd'hui, les codes de conduite font partie intégrante de la bonne gouvernance des sociétés⁵² et sont généralement reconnus comme un outil participant de manière significative à la gestion des risques lorsque certaines conditions sont respectées⁵³. Toutefois, les sociétés adoptent des codes de conduite pour différentes raisons.

⁴⁹ K. S. JORDAN, préc., note 46, 4.

⁵⁰ S. KILLINGSWORTH, préc., note 27, 965 ; M. KAPTEIN, préc., note 47.

⁵¹ S. KILLINGSWORTH, *id.*

⁵² On peut considérer que l'adoption d'un code de conduite fait partie de l'obligation de prudence et de diligence qui incombe aux administrateurs. Voir : *In re Caremark Int'l Derivative litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

⁵³ B. STEVENS, préc., note 10, 602.

Comme nous l'avons vu, les codes de conduite participent en premier lieu au respect des obligations s'imposant aux sociétés en communiquant aux différents acteurs quelles sont les attentes en matière de conformité. En effet, les codes constituent principalement un outil de communication qui permet de faire la promotion (à l'interne comme à l'externe) de leur engagement (ou de leur volonté) à agir de manière éthique, intègre, et cela, en conformité avec les règles applicables.

Dans cet objectif, les codes de conduite soulignent certains risques ou problèmes éthiques en lien avec un secteur d'activité donné tout en indiquant quels sont les objectifs de la société. Ils contribuent à la prévention, à la détection et à la dénonciation des comportements non éthiques ou illégaux. Ainsi, les codes peuvent être des compas éthiques sur lesquels les sociétés et leurs employés peuvent s'appuyer pour régir leurs actions en allant potentiellement au-delà des obligations légales qui leur sont imposées. Ils peuvent être utilisés pour changer les façons de faire ou encore pour envoyer un message en lien avec des attentes ou des standards qui vont au-delà des attentes fixées par la loi applicable à une activité donnée.

Outre le fait que les codes participent à assainir le climat au sein d'une organisation, ils contribuent à établir que la société et ses membres agissent de manière diligente⁵⁴ en prenant les mesures requises afin de prévenir, d'identifier ou de corriger les situations contrevenant à la législation applicable⁵⁵. En effet, les programmes de conformité (et l'adoption d'un code de conduite) permettent aux juges d'apprécier le comportement des

⁵⁴ Comme la Cour suprême l'a indiqué : « L'établissement de règles de régie d'entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leur obligation de diligence. » *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, préc., note 1, par. 64. Sur ce sujet voir notamment : Julie BRON et Géraldine GOFFAUX CALLEBAUT, « La juridicité des engagements socialement responsables des sociétés : regards croisés Québec-France », (2016) 57 *C. de D.* 457, 478 et suiv.

⁵⁵ Raymonde CRÊTE, « L'implantation des codes d'éthique dans le milieu des affaires québécois et canadien – Quelques réflexions sur les pratiques actuelles », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 112, *Développements récents en droit commercial (1998)*, Services de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 135, à la page 139. Voir aussi : Paule HALLEY et Olivier BOIRAL, « Les systèmes de gestion environnementale au Canada : enjeux et implications pour les politiques publiques au Canada », (2008) 53 *R.D. McGill* 649, par. 14, qui indiquent que : « la mise en place d'un SGE [système de gestion environnementale], sa vérification périodique et le suivi de ses recommandations représentent autant d'éléments de preuve susceptibles de démontrer que l'organisation, ses dirigeants

principaux acteurs dans le cadre d'une poursuite⁵⁶ et peuvent réduire les sommes payées en dédommagement ou en pénalités à l'occasion d'un recours en leur permettant de faire la preuve de leur comportement prudent et diligent⁵⁷, par exemple à l'occasion d'une poursuite en matière environnementale⁵⁸.

Par ailleurs, l'adoption d'un code de conduite peut également donner plus de force à la marque, en améliorant la réputation de la société et en facilitant le recrutement et la rétention de bons employés. En ce sens, l'adoption d'un code de conduite peut faire partie de la stratégie d'affaires de la société afin d'éviter une mauvaise publicité dans les médias, de favoriser l'investissement des investisseurs institutionnels, ou encore, d'éviter d'être la cible d'activistes⁵⁹.

Enfin, on peut croire que l'adoption d'un code de conduite et l'intégration de valeurs éthiques par la société elle-même évite (ou retarde) une intervention étatique qui risquerait d'imposer des règles plus contraignantes ou non adaptées à la réalité et à la culture de la société.

*
* * *

En 2006, Warren Buffet soulignait aux membres de la direction de Berkshire Hathaway que « [c]ulture, more than rule books, determines

et ses administrateurs ont adopté une conduite exempte de faute ou de négligence dans le respect de la loi. »

⁵⁶ Voir par exemple : *Regina v. Bata Industries Ltd* ((1992) O.J. No. 236 (Ont. Ct. Prov. Div.)) sur la défense de diligence raisonnable et le comportement attendu des membres de la direction d'une société en matière environnementale. Comme le juge Blair le laisse entendre dans l'affaire *Livent*, un code de conduite peut également servir à établir quels sont les standards de comportement que la société est présumée accepter comme raisonnables. *Livent Inc. v. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 11, par. 216.

⁵⁷ J.M. COHEN, préc., note 7, p. 13-6.

⁵⁸ On a tenté de faire cette preuve, par exemple, dans l'affaire *Sunrise. Ontario (Ministry of Labour and Ministry of the Environment) c. Sunrise Propane Energy Group Inc.*, 2013 ONCJ 358.

⁵⁹ Elizabeth F. BROWN, « No Good Deed Goes Unpunished: Is There a Need for a Safe Harbor for Aspirational Corporate Codes of Conduct? », (2008) 26 *Yale Law & Policy Review* 398 et J. BIRON et G. GOFFAUX CALLEBAUT, préc., note 54, 481-488.

how an organisation behave.»⁶⁰ M. Buffet, énonçait une lapalissade : il va de soi que lorsqu'il est question de conformité, la culture organisationnelle constitue l'élément déterminant. C'est ce qui contribue à ce qu'une société se démarque de ses concurrents et ultimement ce qui diminue les risques liés à ses activités. D'ailleurs, l'affaire Volkswagen constitue une excellente illustration des coûteuses conséquences d'une culture essentiellement axée sur la réalisation de profits irréalistes.

Or, même lorsque cela s'avère nécessaire pour améliorer la conformité et la réputation d'une société (comme dans le cas de Volkswagen) un changement de culture ne s'effectue pas simplement, ni rapidement, par l'adoption d'un code de conduite. Si l'adoption de codes de conduite participe au meilleur respect des règles en envoyant un premier signal quant à la culture éthique des sociétés, ils ne sont certes pas autosuffisants et ne peuvent à eux seuls infléchir le comportement des différents acteurs.

Malgré les efforts requis, le développement d'une culture d'intégrité et d'éthique est possible et souhaitable puisque, comme les dernières années nous l'ont démontré, une société peut avoir un impact important sur la collectivité. Sur les actionnaires, bien entendu, mais également sur les employés, les clients, les fournisseurs et, même, sur les marchés financiers dans leur ensemble.

⁶⁰ Warren E. BUFFET, « Memorandum to Berkshire Hathaway Managers », (27 septembre 2006), *Financial Times*, en ligne : <<http://www.ft.com/cms/s/0/48312832-57d4-11db-be9f-0000779e2340.html#axzz4G2zh1MES>> (consulté le 1^{er} septembre 2017).

