

Chronique – La conformité en droit pénal des affaires : l'exemple du droit de la concurrence

Benjamin LEHAIRE*
EYB2017REP2242 (approx. 6 pages)

EYB2017REP2242

Repères, Juin, 2017

Benjamin LEHAIRE*
Chronique – La conformité en droit pénal des affaires : l'exemple du droit de la concurrence

Indexation

CONCURRENCE ; INFRACTIONS RELATIVES À LA CONCURRENCE ; PÉNAL ; RESPONSABILITÉ PÉNALE ; PERSONNE MORALE OU ORGANISATION ; RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ADMINISTRATEURS OU DES OFFICIERS ; ÉLÉMENTS DE L'INFRACTION ; MENS REA ; MOYENS DE DÉFENSE ; DILIGENCE RAISONNABLE ; DÉTERMINATION DE LA PEINE ; SORTES DE PEINES ; PROBATION ; CONDITIONS ; SOCIÉTÉS

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)[I– LA DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE](#)[II– L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL DANS LES INFRACTIONS CRIMINELLES DES ENTREPRISES](#)[III– LE RÔLE DU SPPC POUR VALORISER LA CONFORMITÉ](#)[IV– LE QUANTUM DE LA PEINE](#)[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur aborde la question de la prise en compte des programmes de conformité par le droit criminel dans le domaine du droit des affaires en prenant comme exemple le droit de la concurrence. Il montre que si les autorités publiques tendent à valoriser l'utilisation de programmes de conformité par les entreprises, la répression des infractions économiques ne prend que très peu en compte les efforts de conformité des organisations.

INTRODUCTION

La conformité¹ est à la mode, c'est un fait. L'époque n'est plus aux programmes de conformité standardisés, mais bien à une personnalisation de ces programmes. Cette personnalisation répond à un double besoin de spécialisation : une spécialisation par entreprise et une spécialisation par domaine du droit. Initialement apparus aux États-Unis dans le domaine du droit financier afin d'éviter des scandales qui ont entaché le monde de la finance, au fil du temps, beaucoup de domaines se sont trouvés concernés par les programmes de conformité, par exemple le droit des sociétés ou le droit de la concurrence.

Nous prendrons dans cette chronique l'exemple du droit de la concurrence pour illustrer notre propos, lequel tâchera d'établir s'il est réellement « intéressant » de se conformer à la loi pour les entreprises et leurs dirigeants. De prime abord, s'il est éthiquement improbable de ne pas se conformer à la loi, il se peut qu'il y ait des failles dans le système de conformité d'une entreprise ou qu'une entreprise n'ait pas adopté une politique de conformité à la loi. Si l'obéissance à la loi et le principe « nul n'est censé ignorer la loi » laissent entendre que la conformité devrait être un réflexe, la réalité n'est pas aussi simple. Manque de temps, manque de moyens, et peut-être manque de motivation peuvent laisser les entreprises sans programmes de conformité alors que les autorités publiques l'exigent et même en font une « carotte » en promettant une réduction de la peine ou au moins une prise en compte de ces programmes dans les recommandations au Service des poursuites pénales du Canada (SPPC), comme en témoigne le Bureau de la concurrence dans son bulletin portant sur ce sujet².

L'objectif de cette chronique est de présenter les avantages et les inconvénients qu'il existe à adopter un programme de conformité crédible et efficace aux yeux du Bureau de la concurrence. Les conclusions que nous tirerons seront applicables à d'autres disciplines du droit.

I– LA DÉFENSE DE DILIGENCE RAISONNABLE

Dans la *Loi sur la concurrence*³, il existe trois paragraphes qui proposent une défense de diligence raisonnable. Il s'agit des paragraphes 52.1(7), 53(4) et 55(2.2). Pour ces infractions⁴, l'élément intentionnel n'est pas nécessaire. Ce sont des infractions d'ordre réglementaire et le Bureau de la concurrence relève dans son bulletin sur les programmes de conformité qu'« une société peut soutenir qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable en vue d'empêcher la conduite en cause » faisant ici référence aux trois infractions relevées plus haut. Mais attention, si l'existence d'un programme de conformité contribue à la défense de diligence raisonnable, elle n'est pas une excuse suffisante. Les programmes de conformité ne suffisent donc pas à démontrer en eux-mêmes une diligence raisonnable. De plus, il faut que ces programmes soient crédibles et efficaces, c'est-à-dire qu'ils présentent un certain nombre de garanties quant à la formation du personnel, aux moyens financiers donnés à un spécialiste de la conformité, à l'évaluation des politiques de conformité au sein de l'entreprise, à l'implication de la direction dans le processus de conformité, etc. Cela est valable pour ces infractions, mais aussi pour les infractions criminelles de la loi comme les complots anticoncurrentiels ou le truquage des offres.

II– L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL DANS LES INFRACTIONS CRIMINELLES DES ENTREPRISES

Depuis la réforme du *Code criminel* en 2004 sur la responsabilité pénale des organisations, les cadres supérieurs peuvent engager la responsabilité des organisations où ils travaillent. L'article 2 C.cr. définit le cadre supérieur comme suit :

Agent jouant un rôle important dans l'élaboration des orientations de l'organisation visée ou assurant la gestion d'un important domaine d'activités de celle-ci, y compris, dans le cas d'une personne morale, l'administrateur, le premier dirigeant ou le directeur financier.

Il y a ainsi deux types de cadres supérieurs, ceux qui gèrent un important domaine d'activité et ceux qui élaborent les orientations de l'entreprise, c'est-à-dire un groupe de cadres fixant les grandes orientations de l'entreprise, par exemple les dirigeants et les membres du conseil d'administration, et les cadres qui ont la responsabilité d'une partie de l'entreprise. Dans ce dernier cas, la jurisprudence a reconnu qu'il pouvait s'agir d'un gestionnaire régional ou d'un directeur responsable pour le Québec⁵.

L'élément intentionnel est problématique pour les personnes morales. Comme elles ne sont pas des êtres humains, il est impossible d'exiger d'elles une intention. Pour

contourner ces problèmes liés à la fiction juridique que représente la personne morale, la théorie de l'âme dirigeante a permis d'associer l'intention de la haute direction de l'entreprise à celle de la société⁶. Mais, lors de la réforme de 2004, cette conception de « l'intention corporative » en droit criminel a été revue à l'article 22.2 C.cr. Cette disposition se lit ainsi :

S'agissant d'une infraction dont la poursuite exige la preuve d'un élément moral autre que la négligence, toute organisation est considérée comme y ayant participé lorsque, avec l'intention, même partielle, de lui en faire tirer parti, l'un de ses cadres supérieurs, selon le cas :

- a) participe à l'infraction dans le cadre de ses attributions ;
- b) étant dans l'état d'esprit requis par la définition de l'infraction, fait en sorte, dans le cadre de ses attributions, qu'un agent de l'organisation accomplisse le fait — action ou omission — constituant l'élément matériel de l'infraction ;
- c) sachant qu'un tel agent participe à l'infraction, ou est sur le point d'y participer, omet de prendre les mesures voulues pour l'en empêcher.

Le cadre supérieur engage la responsabilité de son organisation s'il participe à l'infraction, y fait participer un agent ou n'empêche pas un agent de participer à une infraction dont il a connaissance. La responsabilité criminelle des sociétés s'en trouve donc élargie. Dans ce contexte, les programmes de conformité présentent l'intérêt de motiver les entreprises à intégrer des processus de conformité à la loi pour limiter les risques d'infractions et par conséquent de poursuite des entreprises.

Il faut savoir que du temps de la notion d'âme dirigeante, la Cour suprême avait refusé de considérer que des consignes générales ou précises de la direction ayant pour but d'éviter la commission de l'infraction permettaient d'exclure la responsabilité criminelle de la société⁷. Il faut conclure que non seulement les risques de voir la responsabilité criminelle des organisations engagée ont augmenté, mais que l'existence d'un programme de conformité n'est pas une cause d'exonération pour la société. Néanmoins, dans le cadre de l'alinéa c), il faut indiquer qu'un programme de conformité crédible et efficace devrait permettre de détecter les infractions qu'un agent est sur le point de commettre afin de permettre aux cadres supérieurs d'intervenir. Or en présence d'un tel programme, il n'est pas évident que l'infraction de l'agent occasionne automatiquement la responsabilité de la société puisque les « mesures voulues » auront d'une certaine manière été prises. Il y aurait sans doute ici place à des précisions jurisprudentielles⁸.

III- LE RÔLE DU SPPC POUR VALORISER LA CONFORMITÉ

Le Bureau présente dans son Bulletin les avantages d'un programme de conformité crédible et efficace sur le quantum de la peine :

[L]e Bureau peut tenir compte de l'existence d'un programme crédible et efficace pour déterminer :

- o la façon d'agir à l'encontre des entreprises et formuler des recommandations au SPPC, notamment en transmettant des recommandations relatives à l'amende qui doit être imposée ;
- o l'ampleur de la solution qu'il faut imposer dans le cas des questions assujetties au contrôle judiciaire qui ne sont pas liées aux fusions. Par conséquent, les avantages potentiels dont bénéficie une entreprise disposant d'un programme préexistant crédible et efficace sont plus importants, dans la plupart des cas, que ceux dont bénéficie une entreprise qui attend de faire l'objet d'une enquête avant la mise en place ou l'amélioration d'un programme⁹.

Il poursuit :

Lorsque le Bureau admet qu'un programme de conformité en place au moment de l'infraction était crédible et efficace, conforme à l'approche énoncée dans le présent bulletin, le programme en question sera considéré comme une circonstance atténuante au moment de formuler des recommandations au SPPC dans le cadre d'une demande présentée en conformité avec le Programme de clémence du Bureau.

Toutefois, le Bureau de la concurrence précise que : « La décision d'accepter ou de rejeter la recommandation du commissaire est laissée à l'entière discrétion du SPPC, mais il la prend dûment en considération »¹⁰.

Il convient de rappeler un élément essentiel du droit de la concurrence : les programmes d'immunité et de clémence.

Ces programmes visent à encourager la dénonciation des infractions. En effet, les infractions criminelles en droit de la concurrence sont par nature cachées, les autorités de concurrence misent donc sur un encouragement de la dénonciation de la part des auteurs d'infractions eux-mêmes. Il faut dire que les complots ou le truquage des offres sont des infractions qui se mettent en oeuvre à plusieurs. L'un des coauteurs peut donc dénoncer l'infraction. Les autorités publiques offrent aux dénonciateurs soit une immunité totale pour le premier dénonciateur, soit une clémence c'est-à-dire une réduction de la peine pour les dénonciateurs subsidiaires. L'avantage des programmes de conformité est alors de permettre la détection rapide des infractions en cours afin de les dénoncer en premier et ainsi maximiser les chances d'avoir une immunité. Il s'agit d'un avantage indiscutable des programmes de conformité d'entreprise dans le domaine du droit de la concurrence.

Le Bureau de la concurrence invoque ces arguments dans son Bulletin :

- déclencher rapidement l'alerte en cas d'agissements susceptibles de contrevenir à la Loi ;
- permettre à une entreprise de se qualifier pour un traitement favorable au prononcé de la sentence ou de réduire les coûts liés aux procès, aux amendes, aux SAP, à la mauvaise publicité et à la perturbation des activités en cas d'enquête du Bureau ou de procédures judiciaires ;
- atténuer le risque que les employés, la direction et l'entreprise elle-même s'exposent à une responsabilité criminelle ou civile ;¹¹

Malgré les efforts du Bureau de la concurrence pour reconnaître les programmes de conformité, le SPPC reste le maître de la poursuite publique. Cela signifie aussi qu'il pourrait de manière informelle promouvoir la conformité en faisant usage de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de poursuivre des entreprises qui ont fait un réel effort de conformité¹². La personne morale serait à l'abri tandis que seules les personnes physiques ayant joué un rôle dans l'infraction seraient inquiétées. Une telle approche permettrait de prendre en compte les programmes de conformité crédibles et efficaces pour ainsi les valoriser.

IV- LE QUANTUM DE LA PEINE

Le juge peut prendre en compte les programmes de conformité au stade de la fixation de la peine. L'article 718.21 C.cr. permet au juge d'agir de manière discrétionnaire sur cette peine. Il peut alors fixer une peine qui ne compromet pas la viabilité économique de l'entreprise, prévenir la récidive, mais aussi promouvoir la conformité¹³. Si notre système répressif veut être cohérent, il serait regrettable de voir les autorités de régulation prôner la conformité alors que les tribunaux sanctionnent avec sévérité les organisations coupables d'infractions économiques, même s'il existe des efforts de conformité.

On peut signaler le facteur e) de l'article 718.21 qui énonce que le tribunal détermine la peine à infliger à une organisation en tenant compte, notamment, des frais supportés par les administrations publiques dans le cadre des enquêtes et des poursuites relatives aux infractions. En ce sens, il faut relever que les programmes de conformité servent à dénoncer rapidement les infractions. En droit de la concurrence, les programmes d'immunité et de clémence du Bureau de la concurrence sont des

moyens efficaces pour dénoncer les infractions au droit de la concurrence. Les programmes de conformité permettent de détecter les infractions en cours dans l'entreprise, veillant ainsi à ce qu'elles puissent être dénoncées. Ces dénonciations supposent une collaboration pleine et entière des entreprises avec les autorités publiques. Elles réduisent ainsi considérablement le coût des enquêtes. En cela, les juges devraient en tenir compte.

Maintenant, qu'en est-il en l'absence des procédures de dénonciation ? Le facteur j) de l'article 718.21 C.cr. permettrait de prendre en compte les programmes de conformité. Il permet de considérer « l'adoption par l'organisation de mesures en vue de réduire la probabilité qu'elle commette d'autres infractions ». Comme l'a retenu le juge Tôth de la Cour supérieure du Québec dans *Pétroles Global inc.*, où ce facteur est appliqué, « au moment des infractions, il n'y avait aucune politique particulière relativement à la *Loi sur la concurrence* chez Global »¹⁴. Il ajoute : « Depuis les accusations, la question du respect de la *Loi sur la concurrence* est régulièrement ramenée sur la table à l'occasion de rencontres de gestion »¹⁵. Le facteur j) peut donc profiter à une entreprise qui aurait négligé d'adopter un programme de conformité, mais qui aurait cherché à corriger cela après le dépôt des accusations.

En plus de ces dispositions permettant d'adapter la peine en fonction de l'introduction d'un programme de conformité après l'infraction, il est possible au juge de lui-même demander qu'un tel programme soit mis en oeuvre par l'entreprise dans l'ordonnance de probation. Le paragraphe 732.1(3.1) C.cr. permet cette intervention du juge. Voici le contenu de cette disposition :

(3.1) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de probation visant une organisation de l'une ou de plusieurs des conditions ci-après, intimant à celle-ci :

- a) de dédommager toute personne de la perte ou des dommages qu'elle a subis du fait de la perpétration de l'infraction ;
- b) d'élaborer des normes, règles ou lignes directrices en vue de réduire la probabilité qu'elle commette d'autres infractions ;
- c) de communiquer la teneur de ces normes, règles et lignes directrices à ses agents ;
- d) de lui rendre compte de l'application de ces normes, règles et lignes directrices ;
- e) de désigner celui de ses cadres supérieurs qui veillera à l'observation de ces normes, règles et lignes directrices ;
- f) d'informer le public, selon les modalités qu'il précise, de la nature de l'infraction dont elle a été déclarée coupable, de la peine infligée et des mesures — notamment l'élaboration des normes, règles ou lignes directrices — prises pour réduire la probabilité qu'elle commette d'autres infractions ;
- g) d'observer telles autres conditions raisonnables qu'il estime indiquées pour empêcher l'organisation de commettre d'autres infractions ou réparer le dommage causé par l'infraction. [Nos italiques]

Il s'agit d'une mesure facultative, mais qui s'avérerait très utile dans le domaine du droit économique où la *compliance* est devenue une problématique quotidienne de l'entreprise. Il existe quelques décisions qui en ont fait l'application¹⁶.

CONCLUSION

Il ressort de cette brève analyse de la place que joue la conformité dans la sanction des infractions criminelles en droit pénal des affaires que la conformité prônée par les autorités publiques, comme le Bureau de la concurrence, reste peu encouragée concrètement par la législation criminelle. La non-conformité est sanctionnée et ce n'est qu'au stade de la fixation de la peine qu'un programme de conformité pourra être pris en compte par le juge. Pour ces raisons, il serait souhaitable de réfléchir à la manière d'inciter les organisations à se conformer à la loi bien en amont de la sanction pour valoriser les efforts des entreprises en ce sens.

* Benjamin Lehaire, docteur en droit, professeur adjoint, Université TELUQ (Université du Québec).

¹ Le mot de « conformité » est une traduction imparfaite de la « *compliance* ». Sur la définition de la *compliance* en français, voir Christophe COLLARD et coll., *Risque juridique et Conformité*, Paris, Lamy, 2011, p. 67 et s.

² CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin – Les programmes de conformité d'entreprise*, Ottawa, Industries Canada, 3 juin 2015, en ligne : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf/\\$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf/$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf)>.

³ L.R.C. (1985), ch. C-34.

⁴ Il s'agit du télémarketing, de la documentation trompeuse et de la commercialisation à paliers multiples.

⁵ R. c. *Pétroles Global*, 2015 CanLII 1618, [EYB 2015-251118](#) (QC C.S.).

⁶ *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, [EYB 1985-150278](#).

⁷ *Ibid.*

⁸ Pour des développements à ce sujet, voir notre article : Benjamin LEHAIRE, « La juridicité des programmes de conformité en droit de la concurrence canadien : Analyse croisée de la responsabilité pénale de l'entreprise et du droit de la concurrence », à paraître dans la *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*.

⁹ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin – Les programmes de conformité d'entreprise*, Ottawa, Industries Canada, 3 juin 2015, p. 5, en ligne : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf/\\$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf/$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf)>.

¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹¹ *Ibid.*, p. 4.

¹² Amis M. MANIRABONA, « Plaidoyer pour un droit pénal économique plus favorable à la conformité en entreprise », (2016) 1 *Bulletin de droit économique* 1-18, 7.

¹³ Pierre-Christian COLLINS HOFFMAN et Guy PINSONNAULT, « La responsabilité criminelle des organisations en matière d'infractions d'ordre économique », (2014) 27-1 *Rev. can. dr. conc.* 132, 165-166.

¹⁴ R. c. *Pétroles Global inc.*, 2015 QCCS 1618, [EYB 2015-251118](#), par. 72(3) j).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ R. v. *Maple Lodge Farms*, [2014] O.J. No. 2085 ; R. c. *Metron Construction Corporation*, 2013 ONCA 541 ; *Her Majesty the Queen v. Griffiths Energy International*, E-File No. : CCQ13GRIFFITHSENER, 25 January 2013 ; *Her Majesty the Queen v. Niko Ressources Ltd.*, E-File No. : CCQ11NIKORESOURCES, 24 June 2011 ; R. c. *Transpavé inc.*, 2008 CanLII 1598, [EYB 2008-130943](#) (QC C.Q.).

Date de dépôt : 14 juin 2017

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.
©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.