

La conformité en entreprises, perspectives canadienne et internationale

Amissi M. MANIRABONA*

Depuis des années, nous assistons, avec consternation, à une multiplication de scandales financiers et aux manquements aux normes de diligence, notamment à l'égard de la vie, de la santé et du bien-être socio-économique, par les entreprises. Les autorités publiques n'ont jusque-là enregistré que des succès très limités dans la répression et la prévention des violations. Dès lors, la recherche d'une nouvelle forme de régulation, qui puisse mieux amener les entreprises à observer les normes qui leur sont applicables, s'est imposée. Ce fut le point de départ de l'approche de conformité (*compliance*) qui est perçue comme étant l'ensemble de mécanismes volontairement mis en œuvre au sein des organisations pour se conformer à la loi prise dans son sens large (normes internationales, nationales, locales, professionnelles, coutumières, ou règles internes aux entreprises ou aux associations d'entreprises, etc.)¹. Bref, l'approche de conformité exige que l'entreprise prenne acte de toutes les normes qui la régissent et adopte, en conséquence, des dispositions visant à les observer afin d'éviter non seulement des sanctions monétaires mais aussi d'autres conséquences éventuelles comme les atteintes à son image, la perte de licences, de permis, de marchés, de clientèle, etc.².

Contrairement à l'approche traditionnelle basée sur le commandement et la sanction, la conformité procède par la collaboration et la coopération entre l'entreprise et l'autorité de régulation dans le but de favoriser davantage le respect des normes³. Au nom de l'efficacité de la loi et de la nécessité

* Professeur agrégé à la Faculté de droit, Université de Montréal.

¹ Olivier DEBAT et al., « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », (2014) 137 *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* 1, 6.

² *Id.*

³ Tom TYLER et al., « The Ethical Commitment to Compliance: Building Value-Based Cultures », (2008) 50(2) *California Management Review* 31.

de prévenir les violations, les autorités publiques cèdent aux entreprises une partie de leurs pouvoirs traditionnels dans la mesure où ce sont ces dernières qui maîtrisent mieux comment et où détecter l'origine potentielle des irrégularités en leur sein. Les entreprises se voient ainsi confier un rôle de premier plan dans la prévention des comportements répréhensibles et la promotion du respect des normes sociales et d'éthique. Un processus qui transforme les entreprises en alliées des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques répréhensibles par des moyens qu'elles jugent appropriés est généralement perçu par elles comme légitime et donc digne d'être observé⁴. En procédant ainsi, les autorités n'abdiquent pas leur rôle de derniers remparts de l'ordre public. Il s'agit tout simplement d'une alliance stratégique bénéfique aux deux parties et que les autorités publiques peuvent rompre dès que les mécanismes de conformité se montrent défaillants et que les entreprises visées manquent manifestement de volonté de coopérer⁵.

Lorsqu'elle est effective, l'approche de conformité constitue un excellent moyen de minimiser les coûts aussi bien pour l'entreprise que pour les pouvoirs publics. Pour y arriver, il faut non seulement la bonne volonté des dirigeants d'entreprises mais aussi des incitatifs et une pression tant externe qu'interne⁶. Il importe donc de réfléchir aux mécanismes juridiques susceptibles d'amener les entreprises à mettre en place une gouvernance qui favorise la prévention et la détection des irrégularités. Bien que cette problématique soit d'actualité et au cœur des nouvelles formes de régulation, elle n'a pas encore mobilisé une réflexion et une analyse poussées ni au Canada, ni à l'étranger. Ce numéro spécial se propose de contribuer à combler cette lacune. Il comporte 11 articles rédigés par des experts reconnus dans leur domaine d'expertise.

Pour commencer, c'est au professeur **Olivier Debat** que revient la tâche de discuter du contenu réel et de l'étendue de la notion de conformité (encore appelée *compliance*). Il présente ainsi le concept de *compliance* comme impliquant des valeurs éthiques à la fois librement choisies par l'entreprise et imposées de l'extérieur de celle-ci. L'auteur définit d'abord

⁴ *Id.*

⁵ John BRAITHWAITE, « Enforced Self-regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control », (1982) 80(7) *Mich. L. Rev.* 1466.

⁶ Geoffrey P. MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

la *compliance* comme un processus par lequel les acteurs économiques insèrent leurs actions dans une démarche de conformité aux règles externes et internes à l'entreprise, et à l'éthique, en vue de prévenir les risques et moraliser les pratiques dans le système économique. Pour lui, la conformité ne découle pas simplement de la nécessité de veiller au respect des normes juridiques mais implique surtout de déployer, promouvoir, protéger, soigner et reconfigurer l'image de l'entreprise et sa mise en œuvre. Par ailleurs, l'auteur présente les mécanismes de *compliance* comme étant souvent moins la preuve d'une conviction des dirigeants que la manifestation d'une éthique dont les fondements se trouvent dans des éléments externes à l'entreprise, notamment les stipulations contractuelles sur l'éthique ou les actions unilatérales comme les codes éthiques mis en place par les organisations représentatives d'entreprises. Enfin, en dehors de cette domination par les « gouvernements privés », la loi impose aussi des obligations à travers les législations nationales ou les conventions internationales.

Une importante question consiste à se demander comment faire pour que les règles de droit puissent effectivement inciter les entreprises à prévenir la criminalité en leur sein ou à la dénoncer. À cette principale question peut se greffer une série de sous-questions : quel rôle peuvent jouer les employés et les dirigeants, les procureurs et les juges, les autorités réglementaires, etc. dans ce processus de conformité en entreprises ? Plusieurs contributions dans ce numéro tentent de répondre à quelques-unes de ces interrogations. Ainsi, le professeur **Stéphane Rousseau** aborde la question du rôle des lanceurs d'alerte (*whistleblowers*) dans la prévention et la dénonciation des irrégularités en entreprise. L'auteur analyse les récentes initiatives mettant en place des régimes d'alerte éthique au Canada à la lumière du régime américain de la Securities and Exchange Commission. Contrairement au régime américain qui comporte un champ d'application beaucoup plus étendu, les régimes ontarien et québécois, qui ont été créés en 2016, ne visent que la divulgation des inconduites relatives aux valeurs mobilières et aux instruments dérivés. En outre, la protection offerte aux lanceurs d'alerte par ces régimes n'est pas aussi vigoureuse en comparaison de ce qu'offre le régime américain. Enfin, au Québec, l'AMF a décidé de ne pas prévoir de récompense financière aux *whistleblowers* en invoquant l'absence de certitude que l'incitatif financier génère plus de dénonciations de qualité. L'avenir nous dira si ces différentes faiblesses des régimes ontarien et québécois empêcheront ou pas le mécanisme d'alerte éthique de jouer pleinement son rôle d'instrument au service de la conformité.

L'article de la professeure **Julie Biron** traite, pour sa part, de la question de la place des normes volontaires, en l'occurrence, les codes de conduite, dans la promotion de la culture de conformité au niveau des sociétés cotées à la bourse. Son constat est que bien que les codes de conduite soient considérés comme participant à la promotion des comportements éthiques, on observe souvent des écarts entre les affirmations contenues dans ces codes et les comportements adoptés au sein des sociétés. Dans ce contexte, la question fondamentale est celle de savoir ce qui influence réellement le comportement ou le processus décisionnel des personnes en position d'autorité au sein des sociétés. Plusieurs facteurs ont été avancés, notamment la nature des valeurs personnelles des individus à l'emploi de la société, les facteurs culturels et sociaux, la culture de la société et les facteurs organisationnels. Même si certains de ces paramètres échappent au contrôle des sociétés, les facteurs les plus déterminants dans le processus de conformité comme ceux liés aux aspects organisationnels et à la culture des entreprises, peuvent, eux, être influencés par les codes de conduite. D'où la nécessité de s'en servir à bon escient afin qu'ils produisent des effets escomptés.

Pour mieux assoir une conformité efficace dans l'industrie des services juridiques, la professeure **Marie-Claude Rigaud** aimerait voir la mise en place d'une nouvelle réglementation qui impliquerait davantage les cabinets d'avocats. L'auteure souligne que le modèle réglementaire actuel est dépassé car axé sur la déontologie où seuls les individus sont visés. Elle expose les inconvénients de ce modèle avant de proposer l'adoption d'une nouvelle approche basée sur la conformité afin de régler non seulement les avocats, mais aussi les cabinets et, pourquoi pas, les départements juridiques d'entreprises ou des ministères au sein desquels œuvrent les juristes. Contrairement à l'approche traditionnelle, la flexibilité du modèle proposé le rend malléable, adaptatif et capable de prévoir de manière claire les objectifs légaux et éthiques escomptés sans toutefois imposer les moyens de les atteindre. Cela permettrait de mieux répondre aux exigences d'un environnement juridique constamment évolutif tout en contribuant à mettre en place des systèmes efficaces de gestion préventive. L'auteure identifie enfin les reproches souvent faites à l'encontre du modèle proposé. Tout en se gardant de les balayer du revers de la main, elle invite à les gérer avec les ressources disponibles sans cependant compromettre l'adoption des changements nécessaires. L'étude se conclut par l'évocation des avantages que les changements proposés sont susceptibles d'apporter non seulement à la profession mais aussi au public et à la primauté du droit dans son ensemble.

Le professeur **Amissi Manirabona** discute quant à lui de l'importance d'importer les *deferred prosecution agreements* (accords de poursuites différées) dans le système pénal canadien afin d'associer les entreprises à la lutte contre la criminalité économique. Ces accords entre les services de poursuites criminelles et l'entreprise soupçonnée de violations à la loi visent à suspendre les poursuites en échange, entre autres, de la mise en œuvre d'un programme de conformité visant à changer la culture illégale au sein de cette entreprise. Si, à la fin du délai imparti, les clauses de l'accord sont bien respectées, les poursuites seront abandonnées et la société n'aura plus à s'inquiéter des conséquences de la conduite illégale reprochée. L'auteur avance les raisons qui sous-tendent sa proposition notamment celles liées à la difficulté de détecter la criminalité économique à une époque où les activités des entreprises sont de plus en plus délocalisées au-delà des frontières d'un seul État. Il y a aussi la nécessité de recourir aux mécanismes alternatifs afin d'éviter les effets collatéraux découlant des sanctions criminelles alors que l'entreprise est impliquée dans la criminalité du fait de quelques individus isolés. Même si ces accords sont vus par certains comme constituant une atteinte à la primauté du droit, leurs bienfaits dépassent largement les inconvénients éventuels. Toutefois, si un processus d'adoption des APD était engagé au Canada, plusieurs questions auraient besoin d'être réglées afin d'asseoir un mécanisme performant et conforme aux réalités juridiques du Canada.

Dans le même ordre d'idées, le professeur **Benjamin Lehaire** prône la juridicité, au Canada, des programmes de conformité en droit pénal de la concurrence en lien avec la responsabilité pénale de l'entreprise. La question qu'il se pose est celle de savoir si, présentement, les programmes de conformité ont un quelconque impact sur le traitement judiciaire des affaires dans l'hypothèse où ces programmes n'auront pas permis d'éviter la commission des infractions à la *Loi sur la concurrence*. Pour ce faire, l'auteur étudie d'abord l'étendue de la juridicité reconnue à ces programmes par les institutions administratives et judiciaires du Canada. Par la suite, en partant du constat selon lequel la juridicité des programmes de conformité crédibles et efficaces en droit de la concurrence n'est admise qu'implicitement au stade de la responsabilité pénale, il propose de reconnaître une exonération de responsabilité fondée sur la présence de ces programmes au sein de l'entreprise. Cette reconnaissance inciterait davantage les entreprises à mettre en œuvre les mécanismes de conformité et constituerait aussi un complément nécessaire à l'actuel régime de détermination de la peine qui est le seul à reconnaître explicitement les efforts fournis par une

entreprise en matière de conformité comme étant susceptibles de mener à l'octroi de l'immunité ou de la clémence ou encore comme étant des facteurs atténuant la peine.

Pour sa part, la professeure **Martine Valois** trouve important de restreindre la portée de l'approche de conformité entourant les autorisations à contracter que l'Autorité des marchés financiers (AMF) accorde aux entreprises voulant participer à l'exécution des marchés publics au Québec. Cette approche, en vigueur depuis 2012 sur proposition de l'AMF, a pour objectif de limiter les situations entraînant les refus automatiques de l'autorisation à contracter. En effet, l'AMF estime que les refus automatiques peuvent compromettre la capacité des entreprises à se réhabiliter alors que ces dernières pourraient avoir apporté des correctifs appropriés relativement aux actes commis antérieurement à la réhabilitation. En permettant aux entreprises non admissibles de demander l'autorisation, on cherche à prendre en compte et encourager les efforts fournis dans l'adoption des mesures correctrices des irrégularités. Après avoir fait le tour des dispositions pertinentes, l'auteure conclut en déplorant la nouvelle approche qui, à ses yeux, risque de miner l'intégrité du système de prévention de la corruption et diluer l'importance de garantir la confiance du public dans l'intégrité du processus d'octroi des contrats publics.

Comment la conformité est-elle perçue et vécue aux niveaux régional et international? La notion de conformité aurait-elle le même sens en droit international qu'en droit interne? Abordant l'approche de conformité au niveau régional et transnational, l'article du professeur **Gregory Voss** analyse les dispositions du nouveau *Règlement de l'Union européenne portant protection des données et leur implication sur l'organisation interne des entreprises européennes*. L'article expose d'abord le champ d'application territorial accru du Règlement, avant d'aborder les obligations à la charge des entreprises. Globalement, l'auteur relève que le nouveau règlement aura beaucoup d'impact sur l'organisation interne des entreprises, que ce soit à propos de l'embauche du personnel ou en lien avec le temps requis pour l'évaluation d'impact relatif à la protection des données y compris, entre autres, la notification des violations et la tenue de registres pour prouver la conformité. Le professeur Voss analyse enfin certains éléments susceptibles d'inciter les entreprises à se mettre en conformité avec le Règlement notamment la majoration des sanctions en cas de non-conformité ainsi que la réduction de cette dernière, ou même l'immunité, en cas de diligence raisonnable dans la prévention des risques.

C'est dans l'univers de la fiscalité internationale que nous amène ensuite la professeure **Annick Provencher** à travers son article qui traite du lien entre les normativités alternatives et la conformité fiscale, avec comme toile de fond les normes de l'OCDE. Prenant pour appui les travaux de Habermas, l'article alimente la réflexion sur la légitimité de cette normalisation fiscale et les possibles conséquences en termes de conformité. En effet, lorsqu'une organisation internationale comme l'OCDE élabore des normes non contraignantes qui sont, par la suite, adoptées par les États, il se pose des questions de légitimité du droit étant donné que dans ce cas, le processus démocratique semble affaibli. Par conséquent, les problèmes des régimes fiscaux actuels risquent d'amenuiser progressivement l'adhésion des citoyens qui est pourtant un élément fondamental de tout régime fiscal. Un débat s'impose donc plus que jamais sur le devenir du processus décisionnel de l'OCDE et ses impacts sur la population des États membres et même au-delà.

Plongeant ses racines dans le domaine du droit international financier, l'article de la professeure **Renée-Claude Drouin** apporte une riche discussion sur l'obligation de diligence raisonnable en lien avec les Normes de performance environnementale et sociale de la Société financière internationale (IFC). On se rappellera que l'IFC est une institution multilatérale, agence du Groupe de la Banque mondiale dont la mission est de fournir des services financiers à des entreprises privées dans les pays en développement où l'accès aux capitaux est difficile. L'auteure nous apprend que même si la gestion des risques environnementaux et sociaux est souvent associée à des obligations juridiquement non contraignantes, les Normes de performance de l'IFC sont intégrées dans des ententes d'investissement ou de services, ce qui les transforme en de véritables obligations contractuelles liant les parties. Malgré cela, la pratique de l'IFC révèle que les parties envisagent la mise en œuvre de ces obligations de façon coopérative et que les violations peuvent être tolérées aussi longtemps que le partenaire demeure disposé à jouer franc-jeu. Toutefois, il serait difficile d'évaluer le degré réel d'influence que les politiques des institutions financières exercent sur leurs clients. Ce constat est décevant pour les victimes des atteintes provenant des projets financés par l'IFC d'autant plus que les voies de recours disponibles n'aboutissent presque jamais à une réparation.

Enfin, l'article du professeur **Hervé Prince** et de Mme **Marwa Semhat** semble jeter un pavé dans la marre en nous apprenant que la notion de conformité en droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a

une signification distincte de ce qui a été dit jusque-là. Les auteurs soulignent la particularité du droit de l'OMC relativement à la notion de conformité, qui concerne non seulement l'intégration de ce droit dans l'ordre juridique interne des États mais aussi l'obligation de mise en œuvre des décisions rendues par l'Organe de règlement des différends à la suite d'un contentieux. Cette obligation de conformité par la mise en œuvre des décisions doit être constante et permanente et ne joue que pour l'avenir. Malgré la robustesse du régime de l'OMC, le niveau de conformité n'est pas toujours optimal étant donné qu'il arrive qu'un État y échappe des fois en échange des compensations, des contre-mesures ou d'accords politiques. Mais ni la compensation, ni les contre-mesures ne constituent des solutions définitives, pas plus que le règlement à l'amiable n'exonère les États de leurs obligations de conformité.