

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

*Benjamin LEHAIRE**

**The Juridicity of Compliance Programs in Canadian
Competition Law : a Cross Analysis of Corporate Criminal
Liability and Competition Law**

**La juridicidad de los programas de cumplimiento en el derecho de
la competencia canadiense : análisis cruzado de la responsabilidad
penal de la empresa y del derecho de la competencia**

**A Juridicidade dos Programas de Conformidade no Direito da
Concorrência Canadense : Análise Cruzada da Responsabilidade Penal
da Empresa e o Direito da Concorrência**

加拿大竞争法中合规计划的司法性问题——
基于公司刑事责任与竞争法的交叉分析

* Professeur adjoint, docteur en droit, École des sciences de l'administration, Université TELUQ (Université du Québec).

Résumé

La *compliance* est à l'honneur en droit des affaires depuis les années 2000. Le droit de la concurrence est un des domaines de prédilection de la conformité dans l'entreprise. Les risques liés aux amendes sont devenus tels que toute entreprise doit se doter d'un programme de conformité en droit de la concurrence. À ce titre, le Canada ne fait pas exception. Le Bureau de la concurrence a publié en 2015 une documentation visant à inciter les entreprises à introduire des programmes de conformité crédibles et efficaces en matière de concurrence. Cependant, la question de l'interaction de ces directives administratives avec le droit criminel se pose. Notamment, les entreprises sont tenues responsables des actes criminels commis par leurs cadres supérieurs depuis le projet de loi C-45 de 2003. Dans la récente affaire *Pétroles Global*, les tribunaux ont été amenés à se prononcer pour la première fois sur la responsabilité pénale des organisations en droit de la concurrence et sur l'impact d'un programme de conformité sur la peine de l'entreprise. Cet article propose d'étudier la juridicité donnée par les institutions administratives et judiciaires du Canada à ces programmes afin de savoir si l'incitation administrative du Bureau de la concurrence à se conformer à la Loi peut être prise en compte lors de l'établissement de la responsabilité criminelle de l'organisation ou au stade de la fixation de la peine. Il propose de reconnaître une exonération de responsabilité fondée sur la présence d'un programme de conformité crédible et efficace dans l'entreprise contrevenante. En effet, une étude littérale de l'article 22.2 du *Code criminel* permet de mettre fin à certains enseignements de l'arrêt *Canadian Dredge Co.* et ainsi inciter les entre-

Abstract

Compliance has been an important part of business law since the 2000's. Competition law is one of the most important fields regarding compliance in a company. The fines in cases of competition now pose a high risk for enterprises, and Canada is no exception. The Competition Bureau published, in 2015, documents about how to introduce a corporate compliance program that is both credible and effective. However, the question remains about the interaction between the administrative and the criminal approach of such compliance programs. For example, since the enactment of bill C-45, companies are found criminally responsible if their senior officers had committed a crime while in function. The *Pétrole Global* case, in competition law, was the first of its kind to analyse the criminal responsibility of a company and the role of compliance programs. This paper offers to study the administrative and judiciary institutions' point of view about the juridicity of compliance programs. It proposes to acknowledge an exoneration of responsibility based on an effective and credible corporate compliance program. Indeed, a literal study of section 22.2 of the Criminal Code shows that the lessons of the *Canadian Dredge Co.* ruling are today partly obsolete. Consequently, companies would benefit from promptly enforcing compliance programs; such actions would demonstrate that compliance programs are not only a question of management but also a question of juridicity.

Resumo

A *compliance* ocupa lugar importante no direito comercial desde os anos 2000.

prises à mettre en œuvre des programmes de conformité pour démontrer qu'il ne s'agit pas que d'un instrument de gestion des risques mais, au contraire, d'un instrument doué d'une véritable juridicité.

Resumen

El *compliance* o cumplimiento normativo es el centro de atención en derecho comercial desde los años 2000. El derecho de la competencia es una de las áreas privilegiadas del cumplimiento normativo en una empresa. Los riesgos relacionados con multas han llegado a ser tales que cada empresa debe dotarse de un programa de cumplimiento en materia de derecho de la competencia. En este aspecto, Canadá no es la excepción. La oficina de la competencia publicó en el año 2015, una documentación con miras a incitar a las empresas a introducir programas de cumplimiento creíbles y eficaces en materia de competencia. Sin embargo, surge la cuestión con respecto a la interacción de estas directivas administrativas con el derecho criminal. Principalmente, las empresas son responsables de los actos criminales cometidos por sus altos directivos a partir del proyecto de ley C-45 de 2003. En el reciente caso *Pétrole Global*, los tribunales se pronunciaron por primera vez sobre la responsabilidad penal de las empresas en derecho de la competencia y el impacto de un programa de cumplimiento. Este artículo propone examinar la juridicidad otorgada por las instituciones administrativas y judiciales de Canadá a estos programas con el fin de saber si el incentivo administrativo de la oficina de la competencia para cumplir con la ley puede ser tomada en cuenta al momento de establecer la responsabilidad penal de la organización o en la etapa

O direito da concorrência é uma das áreas de predileção da conformidade na empresa. Os riscos ligados às multas se tornaram tais que toda empresa deve dotar-se de um programa de conformidade em direito da concorrência. A esse título, o Canadá não é exceção. O Escritório da Concorrência publicou em 2015 uma documentação visando a incitar as empresas a introduzir programas de conformidade confiáveis e eficazes em matéria de concorrência. Entretanto, coloca-se a questão da interação dessas diretivas administrativas com o direito criminal. Em especial, as empresas são tidas como responsáveis pelos atos criminais cometidos por seus diretores superiores desde o projeto de lei C-45 de 2003. No recente caso *Pétroles Global*, os tribunais foram levados a pronunciar-se pela primeira vez sobre a responsabilidade penal das organizações no direito da concorrência e sobre o impacto de um programa de conformidade na pena da empresa. Este artigo se dedica ao estudo da juridicidade dada pelas instituições administrativas e judiciais do Canadá a esses programas a fim de saber se o estímulo administrativo do Escritório da Concorrência a conformar-se à Lei pode ser levado em conta quando do estabelecimento da responsabilidade criminal da organização ou no estágio da fixação da pena. Ele propõe reconhecer uma exoneração de responsabilidade fundada na presença de um programa de conformidade confiável e eficaz na empresa contraventora. Com efeito, um estudo literal do artigo 22.2 do Código Criminal permite pôr fim a certos ensinamentos do acórdão *Canadian Dredge Co.* e assim incitar as empresas a implementarem programas de conformidade para demonstrar que eles não são um simples instrumento de gestão de risco,

de la determinación de la pena. Igualmente, propone reconocer una exoneración de responsabilidad basada en la existencia de un programa de cumplimiento creíble y eficaz en la empresa contraventora. En efecto, un estudio literal del artículo 22.2 del Código Criminal permite poner fin a lo establecido en la decisión *Canadian Dredge Co.*, y así exhortar a las empresas a implementar programas de cumplimiento para demostrar que no es solo un instrumento de gestión de riesgos, sino al contrario, un instrumento dotado de verdadera juridicidad.

mas um instrumento dotado de verdadeira juridicidade.

摘要

自2000年以来,合规问题已成为商法的重要组成部分。竞争法是涉及公司合规的一项重要领域。重罚风险的存在使得任何企业必须制定符合竞争法要求的合规计划。加拿大也不例外。2015年,加拿大竞争管理局发布了一系列文件,鼓励企业引入可靠、有效的竞争合规计划。于是问题来了:这些行政指令如何与刑法互动。尤其是,自2003年C-45号法案通过以来,企业要对高管犯下的罪行负责。在最近的*Pétroles Global*案中,法院首次就企业在竞争法上的刑事责任问题,以及合规计划对企业量刑的影响问题作出裁判。本文旨在研究加拿大的行政与司法机关如何看待合规计划的司法性问题,以进一步厘清竞争管理局鼓励合规的措施能否作为对企业定罪量刑时应予考虑的情节。本文主张,犯罪企业若有可靠、有效的合规计划,则可以作为免责的理由。事实上,《刑法典》第22.2条从文义上看,*Canadian Dredge Co.*案中的一部分判决已然过时。该条其实鼓励公司实施合规计划以证明合规计划不仅是风险管理的工具,也是具有司法性的工具。

Plan de l'article

Introduction	699
1. Définitions des notions à l'étude.....	699
2. Comprendre la <i>compliance</i>	700
3. Un programme de conformité crédible et efficace	702
4. La conformité, le droit pénal des affaires et les programmes d'immunité et de clémence	704
5. L'importance des programmes de conformité en droit de la concurrence	706
6. Question et hypothèses de recherche.....	710
I. La définition de l'élément intentionnel du cadre supérieur en droit de la concurrence et son importance en matière de conformité	712
A. Les infractions pénales de responsabilité stricte : la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable.....	712
B. Les possibles conséquences d'un programme de conformité crédible et efficace sur les infractions criminelles de <i>mens rea</i> en droit de la concurrence.....	714
1. L'élément intentionnel en droit de la concurrence	714
2. L'identification de l'élément intentionnel dans les articles 45 et 47 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	716
C. La nouvelle définition du « cadre supérieur » : un changement de paradigme	717
1. La théorie initiale de « l'âme dirigeante » : retour sur la décision <i>Canadian Dredge Co.</i>	718
2. La nouvelle définition de l'article 2 <i>C.cr.</i> : un changement de paradigme.....	721

II. L'intention du cadre supérieur : élément déterminant dans la prise en compte des programmes de conformité en droit pénal de la concurrence	724
A. L'élément intentionnel appliqué au cadre supérieur gestionnaire	724
B. L'imminence de la participation d'un agent à l'infraction : le rôle des programmes de conformité sur la détermination de l'intention du cadre supérieur	727
C. L'illustration de la cohérence du système répressif au regard des programmes de conformité.....	730
III. L'impact des programmes de conformité sur le quantum de la peine	732
A. L'absence de peine ou sa diminution grâce aux programmes d'immunité et de clémence <i>a priori</i>	732
1. Les programmes de conformité : un outil de qualification pour les programmes d'immunité et de clémence	733
2. Les programmes de conformité crédibles et efficaces : un moyen de réduire la peine de l'organisation.....	736
B. La prise en compte <i>a posteriori</i> des programmes de conformité dans la fixation de la peine en dehors des procédures de collaboration avec le Bureau de la concurrence	738
1. L'article 718.21 : le facteur <i>j</i>) et la prise en compte des programmes de conformité dans la fixation de la peine	738
2. Le paragraphe 732.1(3.1) <i>C.cr.</i> : l'ordonnance sur la mise en place d'un programme de conformité.....	740
Conclusion.....	742

Le dirigeant d'entreprise, le conseil d'administration d'une société par actions ou tout gestionnaire d'entreprise et cadres supérieurs souhaitant se conformer à la *Loi sur la concurrence* (ci-après « la Loi » ou « L.c. »)¹ peut se demander si sa démarche pour se conformer à la Loi sera bénéfique ou si, au contraire, cet acte de bonne volonté ne se retournera pas finalement contre lui le jour où le Bureau de la concurrence détectera une infraction criminelle dans cette entreprise. Ce jour-là, la bonne volonté de se conformer à la Loi contribuera-t-elle à aggraver la responsabilité de l'entreprise ou bien, au contraire, permettra-t-elle une réduction de la peine, voire une absolution de l'organisation ?

1. Définitions des notions à l'étude

La juridicité est le « caractère de ce qui relève du Droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances »². Les programmes de conformité d'aspect non contraignant, relevant davantage d'un devoir moral de respecter la loi³, sont pourtant pris en compte non seulement à l'étape où le Bureau de la concurrence fait ses recommandations au Service des poursuites pénales du Canada (ci-après « SPPC ») pour la poursuite, mais aussi au moment où le juge fixe la peine. On peut aussi évoquer le rôle potentiel des programmes de conformité afin d'établir la transgression volontaire de la loi pour démontrer l'intention coupable de l'organisation. En effet, l'existence d'un programme de conformité démontre que l'organisation connaît ses devoirs légaux. Dès lors, toute transgression de la loi apparaît avoir été faite volontairement.

Dans un sens général, mais indiqué dans un dictionnaire juridique, la « conformité » est « la qualité de ce qui conforme »⁴. Ce qui est « conforme » est « [...] juridiquement, l'exacte application d'une norme de référence »⁵.

¹ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34.

² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2014, p. 586. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 propose la même définition, mais oppose le droit aux normes sociales ou religieuses, ce qui revient à la même analyse.

³ Cela explique pourquoi le Bureau de la concurrence se réfère à la volonté de tout dirigeant d'entreprise de se mettre en conformité avec la loi. Une telle vision fait appel à la morale ou à l'éthique et non au droit. Le droit n'intervient dans sa démarche qu'à titre de sanction ou comme source de dissuasion.

⁴ G. CORNU, *préc.*, note 2, p. 235.

⁵ *Id.*, p. 234, 2^e sens.

Un programme de conformité en droit de la concurrence est alors un outil⁶ qui permet d'appliquer exactement la norme édictée relative à la concurrence dans un pays donné. La conformité est dès lors plus large que les programmes de conformité. Il s'agit, dans le cadre de notre étude, de toute application exacte du droit de la concurrence. En ce sens, dès que le Bureau de la concurrence prend l'initiative de publier un bulletin d'information sur la Loi, il contribue à la conformité au sens large.

2. Comprendre la *compliance*

Cependant, une analyse plus avancée de ce qu'est la conformité est indispensable à notre étude, notamment pour comprendre ce qu'est un programme de conformité. Un programme de conformité ne participe pas nécessairement à la conformité au sens large. D'abord, il convient de soulever les obstacles terminologiques que rencontre la traduction française de *compliance* par « conformité ». La conformité est vue de manière un peu rapide par les juristes francophones comme la conformité aux lois et aux règlements. En somme, la conformité serait la traduction concrète de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi ». Cette vision est restrictive. Elle correspond à la *regulatory compliance*, c'est-à-dire la conformité réglementaire⁷. Mais la *compliance* est bien plus. D'abord, la conformité est une traduction imparfaite de *compliance* qui signifie plus largement « conformité, respect, exécution »⁸. Le verbe *to comply with* signifie quant à lui « se conformer à, respecter (loi, réglementation, contrat, obligation), exécuter (obligation), s'acquitter de, satisfaire à (obligation) »⁹. Comme le relèvent certains auteurs dans un ouvrage remarquable sur le sujet, la conformité peut donc être vue comme « une passive allégeance », « ce à quoi il faut se plier » ; finalement la conformité est une forme de soumission¹⁰. La première erreur est de voir la conformité comme une soumission passive à la règle.

⁶ En Europe, un article de Valérie Ledoux et Jean-Christophe Roda propose la définition suivante : « Ils désignent les différents outils mis en place par l'entreprise pour lui permettre d'adopter un comportement conforme à la législation économique ». Voir Valérie LEDOUX et Jean-Christophe RODA, « Les "compliance programs" en droit de la concurrence », *Contrats concurrence consommation* 2007.12.14, par. 2.

⁷ C. COLLARD, C. DEHAYE, H.-B. LOOSDREGT, *Risque juridique et conformité. Manager la compliance*, Paris, Lamy, 2011., p. 70, par. 82.

⁸ Frédéric HOUBERT, *Dictionnaire de terminologie juridique anglais-français*, Paris, La Maison du Dictionnaire, 2015, p. 65.

⁹ *Id.*

¹⁰ C. COLLARD, C. DEHAYE, H.-B. LOOSDREGT, préc., note 7, p. 71, par. 84.

La seconde est de voir cette règle comme une règle externe à l'entreprise d'origine purement publique. Les bulletins du Bureau de la concurrence qui proposent des interprétations vulgarisées de la *Loi sur la concurrence* afin d'en assurer sa pleine compréhension par les entreprises se situent dans les règles externes à l'entreprise. Nous étudierons spécialement ces règles en lien avec les dispositions publiques et impératives de la *Loi sur la concurrence*. Par ailleurs, la conformité n'est pas une soumission passive à la règle publique. Premièrement, la règle n'est pas nécessairement publique. Deuxièmement, la conformité suppose une démarche positive de l'entreprise, une adhésion de la direction de l'entreprise au respect de la loi. Il s'agit d'une démarche éthique. Ainsi, « *compliance* et conformité renvoient à la norme (ou à un ensemble de normes), au respect, ainsi qu'à la mise en œuvre concrète de ce respect »¹¹. La norme doit alors être entendue comme une norme externe, interne, publique, semi-publique ou privée¹². Le respect de la norme est « fondé sur un ensemble d'attitudes établies sur la conviction que [ce respect] (et des valeurs auxquelles elles se réfèrent) est en soi souhaitable »¹³. La conformité se traduit par « la mise en œuvre effective et permanente de la norme au sein de l'entreprise »¹⁴. Il faut comprendre que la démarche de conformité, en plus d'être positive¹⁵, doit se traduire par des résultats concrets, lesquels doivent être quantifiables quant à la durée. Ceci suppose une évaluation régulière des risques pour s'assurer que le programme de conformité adopté, qui se veut le réceptacle de ces attentes, soit adapté aux risques. Il doit être le moyen que la culture du respect des normes intègre l'entreprise¹⁶. Il permet ainsi de remplir la fonction d'intermédiation de la conformité, c'est-à-dire le fait de rendre la loi compréhensible¹⁷.

Les programmes de conformité permettent à l'entreprise de se doter d'une série de mesures pour détecter les risques juridiques en droit de la concurrence ou remédier à une infraction en cours. Le Bureau de la concurrence exige qu'ils soient « crédibles et efficace ». Cette exigence est capitale pour notre étude et doit être définie. Le Bureau de la concurrence

¹¹ *Id.*, p. 73, par. 87.

¹² *Id.*, p. 73, par. 88.

¹³ *Id.* p. 74, par. 90.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*, p. 114-115.

¹⁶ Pour cette raison, elle doit concerner d'abord la direction de l'entreprise, voir : James R. WITROW, « Making compliance programs work », (1962) 7 *Antitrust Bull.* 607, 615.

¹⁷ C. COLLARD, C. DEHAYE, H.-B. LOOSDREGT, préc., note 7, p. 118, par. 159.

livre dans son bulletin sur les programmes de conformité une analyse sur plusieurs pages de sa conception d'un programme crédible et efficace¹⁸. Nous présenterons un résumé de son point de vue.

3. Un programme de conformité crédible et efficace

D'abord, un tel programme suppose un engagement et un soutien de la direction, de manière claire, continue et sans équivoque¹⁹. Il faut comprendre que la direction devra promouvoir de façon continue, avec prudence, compétence et diligence la conformité aux obligations juridiques pertinentes de l'entreprise, et cela, dans son intérêt supérieur. Une telle démarche implique par exemple le recrutement d'un agent de conformité indépendant et doté de ressources financières et humaines appréciables, la participation du conseil d'administration, notamment par le biais de son comité de vérification, aux démarches de conformité, par exemple en adoptant des mesures disciplinaires contre l'employé qui contrevient au programme de conformité²⁰.

Afin d'assurer la création d'un programme qui répond aux attentes de l'entreprise, une évaluation des risques en matière de conformité d'entreprise est exigée par le Bureau²¹. L'objectif de cette évaluation des risques est de prévenir la non-conformité²² par la création d'un programme de conformité qui remédie à ces risques²³. L'évaluation doit se faire par domaine d'activité et par catégorie d'employés²⁴.

¹⁸ Le Bureau de la concurrence ne fait que reprendre les principes bien connus aux États-Unis, voir : Alan J. STATMAN, « Antitrust compliance program for energy companies », (1993-1994) 8 *Nat. Resources & Env't.* 28, 29.

¹⁹ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin – Les programmes de conformité d'entreprise*, Ottawa, Industries Canada, 3 juin 2015, en ligne : <[http://www.bureaude laconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf/\\$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf](http://www.bureaude laconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf/$FILE/cb-bulletin-corp-compliance-f.pdf)> (consulté le 7 février 2017), p 10 (ci-après « Bulletin »).

²⁰ *Id.*, p. 11.

²¹ De manière générale, il est conseillé d'adapter le programme de conformité à l'entreprise, voir : Andre R. JAGLOM, « How To Develop A Corporate Antitrust Compliance Program », (1985-1986) 4 *Preventive L. Rep.* 59, 60.

²² Bulletin, préc., note 19, p. 12.

²³ Ces mêmes standards se retrouvent aux États-Unis en matière de santé et de sécurité au travail, voir : Marcos D. JIMANEZ et Dana FOSTER, « The importance of compliance programs for the health care industry », (1998-1999) 7 *U. Miami Bus. L. Rev.* 503.

²⁴ Bulletin, préc., note 19, p. 13.

Pour assurer l'effectivité et le suivi d'un programme de conformité, il est nécessaire d'élaborer des procédures de conformité adaptées au profil de risque de l'entreprise. Le programme de conformité n'est pas un outil standardisé ; il doit être personnalisé pour chaque entreprise. Le programme doit assurer la diffusion de politiques claires et mises à jour pour s'adapter à la réglementation²⁵.

Un programme de conformité crédible et efficace se compose aussi de formations obligatoires destinées aux employés afin qu'ils puissent reconnaître les agissements illégaux et en mesurer les conséquences²⁶. Des études de cas tirées de faits réels ou l'utilisation des publications du Bureau de la concurrence peuvent être des supports pertinents²⁷.

Des mécanismes de contrôle, de vérification et de signalement doivent parfaire le programme²⁸. L'objectif est de prévenir, mais aussi de détecter les infractions. Le Bureau explique que le mécanisme de contrôle permet à l'entreprise de fournir la preuve de sa diligence raisonnable en cas de litige et de fonder ainsi une défense de diligence raisonnable²⁹. Le mécanisme de vérification doit être périodique, ponctuel ou déclenché par un événement³⁰.

Enfin, le mécanisme de surveillance vient mettre en lumière le lien entre la conformité et les programmes d'immunité et de clémence. Le Bureau énonce qu'« un programme devrait aussi permettre d'informer les employés qui pourraient se livrer ou être exposés à des activités illégales de l'existence du programme d'immunité et du programme de clémence offerts par le Bureau, ainsi que des dispositions relatives à la dénonciation qui figurent dans la *Loi sur la concurrence* (article 66.1 et 66.2) »³¹. Ces dispositions visent à encourager les lanceurs d'alerte à dénoncer des infractions au Commissaire de la concurrence en garantissant leur anonymat et en les

²⁵ *Id.*, p. 16.

²⁶ J. R. WITROW, préc., note 16, 616.

²⁷ Bulletin, préc., note 19, p. 17.

²⁸ Laura L. MONTY, « Creating a compliance culture in the workplace », (1994) 13 *Preventive L. Rep.* 19, 20.

²⁹ Bulletin, préc., note 19, p. 20, par. a). Dès les années 1960, des auteurs américains évoquent cette nécessité, voir : Cyrus V. ANDERSON, « Effective antitrust compliance programs and procedures », (1962-1963) 18 *Bus. Law.* 739, 745.

³⁰ Bulletin, préc., note 19, p. 20, par. b).

³¹ *Id.*, p. 20 et 21.

protégeant contre des représailles de leurs employeurs, quand ils dénoncent, sur la base de motifs raisonnables et de bonne foi, une infraction. Cette exigence permet de mettre en lumière le lien qui unit les programmes d'immunité et de clémence et les programmes de conformité. Pour ces raisons, nous souhaitons savoir dans quelle mesure un programme de conformité, qui est d'abord un outil non juridique, peut avoir des conséquences juridiques et ainsi intégrer la sphère du droit. C'est pourquoi nous parlons de juridicité des programmes de conformité.

4. La conformité, le droit pénal des affaires et les programmes d'immunité et de clémence³²

S'agissant d'une étude menée en droit canadien, les deux principales législations étudiées sont le *Code criminel* (ci-après « C.cr. ») et la *Loi sur la concurrence*. Ce rapprochement entre les deux législations s'explique par le fait que les premières décisions rendues sur les nouvelles dispositions de l'article 22.2 C.cr., après le projet de loi C-45, l'ont été en droit de la concurrence³³.

Cependant, à travers le monde, les programmes de conformité ne sont pas mis en place à des fins judiciaires par les autorités de concurrence, mais bien dans l'objectif d'éviter les infractions³⁴. La conformité est une partie de la solution au problème de la détection des infractions en matière de concurrence. En effet, à l'origine, la *compliance* est née aux États-Unis dans le secteur financier à la suite de la crise économique de 1929. En 1934, la création de la *Securities and Exchange Commission* entraîne une augmentation de la réglementation. Il est désormais nécessaire de recruter des agents de conformité dont le rôle sera de veiller au respect de cette règle-

³² Pour une étude de ces trois thématiques, voir : Amissi M. MANIRABONA, « Plaidoyer pour un droit pénal économique plus favorable à la conformité en entreprise », (2016) 1 *Bulletin de droit économique* 1.

³³ *R. c. Pétroles Global inc.*, 2015 QCCS 1618 ; *R. c. Pétroles Global inc.*, 2013 QCCS 4262 ; *R. c. Pétroles Global inc.*, [2012] J.Q. no 5437 (C.Q.). Pour les autres recours intentés depuis le projet de loi C-45, voir : Steven BITTLE, « Cracking down on corporate crime? The disappearance of corporate criminal liability legislation in Canada », (2013) 11.2 *Policy and Practice in Health and Safety* 47.

³⁴ CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, COMMISSION CONCURRENCE D'ICC, *Outils pratiques sur les programmes de conformité aux règles de concurrence pour les entreprises de toutes tailles*, 2014, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2014/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-FRENCH-VERSION/>> (consulté le 7 février 2017).

mentation³⁵. Toutefois, l'objectif ultime est de parvenir à l'identification des situations à risque et de permettre leur dénonciation. Ainsi, la *compliance* est étroitement liée au phénomène des « *wistleblowers* » ou « lanceurs d'alerte ». Ce phénomène a largement été utilisé en droit de la concurrence aux États-Unis avec l'apparition des *leniency programs* ou programmes de clémence fondés sur la théorie économique du dilemme du prisonnier. Cette théorie veut que l'autorité poursuivante promette une récompense à l'auteur de l'infraction qui dénoncera ses coauteurs en premier, étant observé que le rang d'arrivée pour dénoncer l'infraction permettra au plus rapide d'obtenir une immunité totale de poursuites³⁶. En permettant, à l'interne, à l'entreprise de détecter les situations à risque ou les infractions en cours, les programmes de conformité lui permettent de bénéficier de toutes les informations nécessaires pour collaborer rapidement et entièrement avec le Bureau de la concurrence ou toute autre autorité de concurrence à travers le monde.

Le programme d'immunité du Bureau de la concurrence³⁷ vise à octroyer une immunité totale de poursuite pour la personne dénonçant des infractions aux articles 45 à 49 et 52 à 55.1 L.c.³⁸. Il vise la personne physique ou morale qui dénonce en premier les infractions visées. Il faut remplir quatre conditions : 1) la partie doit cesser de participer à l'activité illégale ; 2) elle doit ne pas avoir forcé une personne à participer à cette activité ; 3) elle doit ne pas être la seule à avoir participé à l'infraction ; 4) elle doit coopérer sans réserve et en continu pendant l'enquête et les poursuites subséquentes avec les autorités responsables du dossier³⁹.

Lorsqu'une entreprise ne dénonce pas assez tôt une infraction, elle peut être dans la situation où un coauteur s'est déjà assuré l'immunité en se manifestant le premier. Dans ce cas, un programme de clémence permet à l'entreprise de bénéficier d'une peine moindre si : 1) elle a mis fin à sa

³⁵ C. COLLARD, C. DEHAYE, H.-B. LOOSDREGT, préc., note 7, p. 74, par. 92.

³⁶ Stéphane ROUSSEAU et Ejan MACKAAY, *Analyse économique du droit*, Paris, Thémis, Dalloz, 2008, p. 54, par. 92.

³⁷ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Bulletin : Le programme d'immunité et la Loi sur la concurrence*, juin 2010, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03248.html>> (consulté le 7 février 2017), points 10 à 19.

³⁸ Karounga DIAWARA, *Droit de la concurrence – Aspects théoriques et appliqués*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 234. Voir aussi : James B. MUSGROVE (dir.), *Fundamentals of Canadian Competition Law*, Toronto, Carswell, 2015, p. 76 et suiv.

³⁹ *Id.*, p. 235.

participation à l'infraction; 2) elle coopère complètement et rapidement à ses frais à l'enquête du Bureau ou aux poursuites; et 3) elle accepte de plaider coupable⁴⁰. Or, cette collaboration n'est possible que si le demandeur est apte à fournir au Bureau des éléments de preuve pertinents. Le programme de conformité peut ici encore remplir cette fonction. La rapidité étant essentielle à une dénonciation efficace, le programme de conformité est un outil complémentaire des programmes d'immunité et de clémence. Il permet en effet d'avoir connaissance rapidement de l'infraction pour mieux la signaler au Bureau de la concurrence. Le Bureau désigne à cet effet des programmes de conformité comme étant le deuxième objectif d'un programme de conformité crédible et efficace⁴¹.

5. L'importance des programmes de conformité en droit de la concurrence

Cette interrogation est capitale car les programmes de conformité ont une importance grandissante en Amérique du Nord⁴². Les États-Unis et le Canada ont les lois antitrust les plus vieilles au monde. Le Canada, en 1889, adoptait l'*Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*⁴³. Un an plus tard, les États-Unis adoptaient le célèbre *Sherman Act*⁴⁴. Ces législations ont pour point commun de comporter des infractions de nature criminelle. Cependant, aucune ne prévoit de dispositions relatives à la conformité; il n'y a pas de prise en compte légale des programmes de conformité. Aux États-Unis, c'est en 1991 que les tribunaux vont pouvoir réellement prendre en compte les programmes de conformité dans la fixation des peines⁴⁵. En effet, avant cela la conformité

⁴⁰ CANADA (BUREAU DE LA CONCURRENCE), *Bulletin: Le programme de clémence*, septembre 2010, pt. 9, en ligne: <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03288.html>> (consulté le 7 février 2017).

⁴¹ Bulletin, préc., note 19, p. 3.

⁴² En 2011, une table ronde de l'OCDE portait sur la conformité et le droit de la concurrence. Le Canada a pris part à cette réflexion, voir: OCDE, *Promoting Compliance with Competition Law*, Doc. off. DAF/COMP(2011)20 (30 août 2012), p. 81.

⁴³ *L'Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C. 1889, 52 Vict., c. 41. La loi a été adoptée en 1889. À noter toutefois que l'Angleterre connaît déjà un texte sur la concurrence en 1623 avec le *Statutes of Monopolies*, 21 Jac. 1, c. 3.

⁴⁴ *Sherman Anti-trust Act*, 15 U.S.C., § 1.

⁴⁵ Les programmes de conformité font leur apparition dans les *Sentencing Guidelines* de 1991, voir UNITED STATES, UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual*, §3E1.1 (Nov. 1991), p. 352.

en droit antitrust était d'abord une préoccupation d'ordre pratique où les avocats n'avaient pas une place prépondérante⁴⁶. La conformité était et demeure une question de *management* dans l'entreprise. Elle part de l'exécutif de l'entreprise vers les employés⁴⁷. En pratique, l'entreprise n'a aucun intérêt à ne pas se conformer au droit antitrust. Comme le remarque un commentateur américain, les procès résultant de la non-conformité coûtent cher à l'entreprise, sont chronophages et difficiles en raison de la technicité des litiges en droit de la concurrence⁴⁸.

Au Canada, de nos jours, un autre facteur pratique doit inciter à la conformité ; il s'agit des recours privés en réparation du dommage concurrentiel. Si les États-Unis sont connus pour avoir un *enforcement* du droit antitrust constitué à 90 % de recours privés, avec les fameux *treble damages*⁴⁹, le Canada connaissait jusqu'aux années 2000 un déficit d'intérêt pour ces recours⁵⁰. Désormais, on constate un accroissement du nombre de ces recours⁵¹. De manière générale, tout le droit antitrust canadien a sombré dans une certaine léthargie pendant le 20^e siècle⁵². L'explication principale

⁴⁶ Michel DEBROUX et RÉMY SAINTE FARE GARNOT, « Programmes de conformité et risque de concurrence: témoignages croisés d'un juriste d'entreprise et d'un avocat », (2009) 2 *Concurrences* 230, 231 : les programmes de conformité « [...] sont un impératif que doivent partager tous les acteurs de l'entreprise, sous l'impulsion de la direction ».

⁴⁷ *Id.*, par. 6.

⁴⁸ Bien que ces remarques aient été formulées en 1975, elles demeurent d'actualité. Voir : Cyrus V. ANDERSON, « Antitrust compliance in action », (1975) 20 *Antitrust Bull.* 731, 738.

⁴⁹ *Clayton Act*, Section 4, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53. Andre R. JAGLOM, « How To Develop A Corporate Antitrust Compliance Program », (1985-1986) 4 *Preventive L. Rep.* 59, 60.

⁵⁰ Yves BÉRIAULT, Madeline RENAUD et Yves COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 98.

⁵¹ La consultation des bases de données sur les recours collectifs tenus par exemple par l'Association du Barreau canadien ou par la Cour supérieure du Québec permet de constater un accroissement de ces recours sur les 15 dernières années. De 1999 à 2015 à l'échelle du Canada, on compte 207 recours collectifs en lien avec la concurrence. Pour le Québec, de 2005 à 2015, on compte 48 actions collectives. Par exemple, pour le Canada, alors qu'entre 1999 et 2005 on enregistrait de 0 à 5 recours collectifs, il y en avait entre 40 et 45 entre 2013 et 2015. Pour les statistiques, voir : Benjamin LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, coll. Minerve, 2016, p. 99.

⁵² Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise, Tome 2: Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 254.

est la nécessité pour la couronne de démontrer la collusion hors de tout doute raisonnable en raison de la nature éminemment criminelle du droit de la concurrence canadien. En effet, d'un point de vue constitutionnel, il a fallu attendre la fin du 20^e siècle pour que la Cour suprême valide, dans la foulée de la réforme antitrust de 1986, la possibilité pour Ottawa d'intervenir dans le domaine de la concurrence sur sa compétence en matière d'échanges et de commerce et non plus exclusivement sur le fondement de sa compétence en matière criminelle⁵³.

Un autre facteur pratique important au Canada est le durcissement de l'arsenal répressif au cours des années 2000. On peut citer, à titre d'exemple, la réforme du droit pénal des entreprises de 2004⁵⁴ avec la possibilité de poursuivre les organisations⁵⁵, la réforme de la L.c. en 2009 dans laquelle la nécessité de démontrer une réduction induite de la concurrence disparaît en matière de cartels⁵⁶, et, en même temps, la redoutable preuve de cet élément hors de tout doute raisonnable.

Citons enfin l'alourdissement des sanctions tant criminelles que civiles. Pour la partie criminelle, les cartels (art. 45) deviennent une infraction *per se* et les peines maximales passent de 5 ans de prison et 10 millions de dollars d'amende à 14 ans de prison et 25 millions de dollars d'amende. Il s'agit d'un alourdissement considérable, surtout quand on l'additionne au fait que la restriction induite de la concurrence n'est plus exigée. La réforme n'étant pas rétroactive, elle vise tous les cartels qui se déroulent entièrement depuis le 10 mars 2010⁵⁷. Il faut lire cela également à la lumière de l'élimination en 2012 des peines avec sursis⁵⁸, pour lesquelles le droit de la concurrence est particulièrement visé. La réforme de 2009 a introduit une

⁵³ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

⁵⁴ *Loi modifiant le Code criminel (Responsabilité pénale des organisations)*, L.C. 2003, c. 21.

⁵⁵ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 22.1 et 22.2 (ci-après « C.Cr. »).

⁵⁶ Sur cette réforme, voir le commentaire de l'ancienne commissaire du Bureau de la concurrence, Melanie L. AITKEN., « The 2009 Amendments To The Competition Act: Reflecting on Their Implementation and Enforcement and Looking Toward The Future » (2012) 25(2) *Canadian Competition Law Review* 659. Pour des commentaires doctrinaux, voir : Karounga DIAWARA, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles : aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet », (2010) 1-3 *B.D.E.* 23 ; Mistral Goudreau et Jennifer Quaid, « De quelques développements récents en droit de la concurrence, (2009) 22(2) *C.P.I.* 319.

⁵⁷ *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, c. 2, art. 440.

⁵⁸ Le projet de loi C-10 est venu limiter le recours au sursis pour les infractions où l'accusé encourt une peine de 14 ans prison ce qui vise incidemment les complots anti-

sanction administrative pécuniaire (connue aussi sous l'acronyme SAP) en cas d'abus de position dominante à hauteur de 10 millions de dollars⁵⁹. Cela reste une somme très élevée constitutive d'un risque financier important pour l'entreprise.

Tous ces éléments de politique législative démontrent le virage répressif qu'a pris le Canada au tournant des années 2010 et témoignent de la réprobation sociale à l'égard des pratiques anticoncurrentielles. Dans ce contexte, tout chef d'entreprise doué de raison n'a aucun intérêt à contrevenir sciemment au droit de la concurrence. Les conséquences pécuniaires pour son entreprise seraient catastrophiques. Il ressort alors de l'état du droit positif la nécessité de mettre en place des programmes de conformité efficaces dans les entreprises canadiennes, y compris dans les PME, qui ne sont plus épargnées par le droit de la concurrence depuis la réforme de 2009⁶⁰. Cependant, la question demeure de savoir si ces programmes de conformité auront un impact sur le traitement judiciaire de l'affaire dans l'hypothèse où le programme n'aura pas permis d'éviter une infraction antitrust. L'intérêt de ce questionnement est particulièrement intéressant en ce qui concerne la responsabilité criminelle de l'entreprise si on le met en lumière avec la politique du Bureau de la concurrence pour inciter à la conformité au droit de la concurrence dans l'entreprise.

Le Bureau de la concurrence mène depuis plusieurs années⁶¹ une campagne pour inciter les entreprises à se conformer à la Loi, arguant que tout dirigeant d'entreprise a naturellement à cœur de respecter les règles de la concurrence⁶². Ce raisonnement suppose que les manquements au droit de la concurrence ne sont alors que la conséquence de dirigeants mal avertis. Puisque nul ne doit ignorer la loi⁶³, le Bureau se fait le dispensateur de

concurrentiels, voir : *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 34 modifiant l'alinéa 742.1c) C. cr.

⁵⁹ K. DIAWARA, préc., note 38, p. 59; Grant BISHOP, « The Economic Consequences and Constitutionality of Administrative Monetary Penalties for Abuse of Dominance », (2013) 26-1 *Revue canadienne de droit de la concurrence* 37.

⁶⁰ K. DIAWARA, préc., note 56, p. 25-26.

⁶¹ Le premier bulletin sur la conformité au Canada a été publié par le Bureau de la concurrence en 1989, voir : George N. ADDY, « The Bureau of Competition Policy's Compliance Approach », (1993) 38 *McGill L.J.* 867.

⁶² Bulletin, précité, note 19, p. 3 : « Le Bureau part du principe que toutes les entreprises légitimes et leurs dirigeants souhaitent observer toutes les lois applicables ».

⁶³ C.Cr., art. 19.

formations et le pédagogue du droit de la concurrence. Il prône alors la « conformité »⁶⁴.

Par ailleurs, d'un point de vue judiciaire, l'année 2015 a connu la première décision se prononçant sur la fixation de la peine d'une organisation. Ce sujet, jusqu'ici peu traité par les tribunaux canadiens, est étroitement lié aux programmes de conformité dans la mesure où l'article 718.21 du *Code criminel*⁶⁵, consacré à la fixation de la peine des organisations, prend explicitement en compte au paragraphe j) « l'adoption par l'organisation de mesures en vue de réduire la probabilité qu'elle commette d'autres infractions ». Est-ce dire qu'il suffit de mettre en place un programme de conformité après l'infraction pour bénéficier d'une peine plus clémente? Nous verrons que ce n'est pas automatique. Est-ce dire que la survenance d'une infraction malgré un programme de conformité démontre l'inefficacité de ce programme et donc son impertinence pour fixer la peine? Cela n'est pas forcément le cas, car un programme déficient pourra toujours être pris en compte aux fins de l'imposition de la peine. Nous souhaitons alors dans cette étude poser la question de la juridicité des programmes de conformité au Canada dans le domaine de la concurrence⁶⁶.

6. Question et hypothèses de recherche

Ainsi, si les programmes de conformité doivent éviter les infractions au droit de la concurrence, quelles sont les conséquences juridiques d'une infraction au droit de la concurrence pour l'entreprise qui a mis en place un programme de conformité? La mise en place des programmes de conformité est-elle plus pertinente avant ou après une infraction? En cas de mise en place, comment les programmes de conformité sont-ils pris en compte

⁶⁴ Le 10 novembre 2015, le Bureau de la concurrence a publié son *Cadre d'action pour la concurrence et la conformité*. Il s'agit de tracer les grandes lignes de sa démarche en matière de conformité. Si on y trouve des traces de l'impact des programmes de conformité sur les entreprises en cas d'infraction au droit de la concurrence. Il faut néanmoins se référer au *Bulletin sur les programmes de conformité d'entreprise* publié le 3 juin 2015, pour trouver dans le détail la manière de créer et de mettre en œuvre un programme de conformité « fiable et efficace », voir : Bulletin, préc., note 19, p. 4.

⁶⁵ C.Cr., art. 718.21.

⁶⁶ Bien d'autres domaines du droit font l'objet de tels programmes, comme la corruption, le blanchiment d'argent, l'environnement ou les conflits d'intérêts, voir Jean-Yves TROCHON, « L'avènement des programmes d'autorégulation au sein des entreprises », (2007) 5 *R.D.A.I.* 669, 672.

par le Bureau de la concurrence et le SPPC? Cette prise en compte permet-elle d'inciter à la conformité? Ceci revient à se demander s'il y a une juridicité des programmes de conformité en droit de la concurrence.

En somme, la juridicité des programmes de conformité est-elle déterminante ou préalable à leur mise en place dans les entreprises? Si la réponse à cette question est positive, alors l'efficacité des démarches du Bureau de la concurrence s'en trouve renforcée. Dans la négative, la démarche du Bureau perdrait en efficacité.

Pour répondre à cette question, il faut entrevoir plusieurs hypothèses :

- La première est de savoir si les programmes de conformité mis en place par une entreprise n'ont aucune utilité car l'entreprise sera malgré tout sanctionnée sans que sa bonne conduite soit prise en compte. Dans cette hypothèse, on postule que les programmes de conformité n'ont pas empêché une infraction. De plus, on considère qu'elle n'a jamais été poursuivie ou condamnée auparavant pour des infractions à la Loi.
- La deuxième hypothèse est de savoir si une infraction à la Loi, en présence d'un programme de conformité, doit réduire ou supprimer la responsabilité de l'entreprise, quitte à promouvoir une forme d'impunité pour l'organisation. Les programmes d'immunité et de clémence, ainsi que le facteur *j*) de l'article 718.21 C.cr. participent déjà à cette logique.
- La dernière hypothèse est de considérer purement et simplement que si les programmes de conformité fonctionnent, c'est-à-dire qu'ils sont fiables et efficaces, alors aucune infraction ne sera constatée. Il s'agit dans ce dernier cas d'un idéal poursuivi par les autorités canadiennes, mais qui mérite d'être posé en hypothèse aux fins de la réflexion théorique.

Pour vérifier laquelle de ces hypothèses est valable, il faut prendre en compte les programmes de conformité en droit criminel au Canada et s'interroger sur leur impact lors de la démonstration de la responsabilité criminelle des organisations. Pour ce faire, il faut distinguer les infractions pénales de responsabilité stricte et les infractions criminelles de *mens rea* en droit de la concurrence (I). Cela permet de comprendre que l'intention du cadre supérieur est déterminante dans la prise en compte des pratiques

anticoncurrentielles en droit de la concurrence (II). Nous évaluerons enfin l'impact des programmes de conformité sur le quantum de la peine (III).

I. La définition de l'élément intentionnel du cadre supérieur en droit de la concurrence et son importance en matière de conformité

L'existence d'un programme de conformité laisse supposer que l'entreprise, en tant que personne morale, a souhaité se protéger contre les infractions anticoncurrentielles. Pour savoir quel est l'impact des programmes de conformité sur la responsabilité de cette dernière, il faut distinguer les infractions pénales de responsabilité stricte, qui permettent une défense de diligence raisonnable (A) des infractions de *mens rea* subjective, comme le sont les ententes anticoncurrentielles (B). L'étude de ces différentes infractions nous amènera à nous interroger sur le changement de paradigme résultant de la nouvelle définition donnée au « cadre supérieur » depuis 2004 (C).

A. Les infractions pénales de responsabilité stricte : la possibilité d'invoquer la diligence raisonnable

Il existe, dans la *Loi sur la concurrence*, trois infractions pour lesquelles une défense de diligence raisonnable peut être invoquée⁶⁷. Il s'agit du télémarketing (article 52.1), de la documentation trompeuse (article 53) et de la commercialisation à paliers multiples (article 55). Pour ces infractions, la L.c. dispose :

Paragraphe 52.1(7) : « Malgré le paragraphe (6), dans la poursuite d'une personne morale pour infraction au présent article, il suffit d'établir que l'infraction a été commise par un employé ou un mandataire de la personne morale, que l'employé ou le mandataire soit identifié ou non, *sauf si la personne morale établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher la perpétration de l'infraction* ».

Paragraphe 53(4) : « Dans la poursuite d'une personne morale pour infraction au présent article, il suffit d'établir que l'infraction a été commise par un employé ou un mandataire de la personne morale, que l'employé ou le man-

⁶⁷ Paul MARTEL, *La société par actions au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 24-70.1, par. 24-193.

dataire soit identifié ou non, *sauf si la personne morale établit qu'elle a fait preuve de toute la diligence voulue pour empêcher la perpétration de l'infraction*».

Paragraphe 55(2.2): «La personne accusée d'avoir contrevenu au paragraphe (2.1) *peut se disculper en prouvant qu'elle a pris les mesures utiles et fait preuve de diligence pour que:*

- a) soit ses représentants ou les participants ne fassent aucune déclaration concernant la rémunération versée au titre du système;
 - b) soit leurs déclarations respectent les critères énoncés au paragraphe (2)».
- [Nos italiques]

Par conséquent, les infractions des articles 52.1, 53 et 55 L.c. ne sont pas des infractions où l'élément intentionnel, c'est-à-dire la *mens rea*, est nécessaire. Les directives du Bureau de la concurrence sont en ce sens inopérantes pour les infractions les plus graves comme les cartels («*hardcore cartels*» en anglais). Il ressort que seules ces dispositions de la L.c. offrent une défense de diligence raisonnable en tant qu'infraction d'ordre réglementaire⁶⁸. Le Bureau de la concurrence lui-même relève dans son bulletin sur les programmes de conformité que ces infractions permettent de se défendre en invoquant la diligence raisonnable de l'entreprise en raison de la mise en place d'un programme de conformité⁶⁹. Le Bureau dit qu'«[...] une société peut soutenir qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable en vue d'empêcher la conduite en cause»⁷⁰ faisant ici référence aux trois infractions relevées plus haut⁷¹. Puis, il poursuit immédiatement: «La préexistence d'un programme ne constitue pas, à elle seule, une défense contre des allégations de faute contraire à l'une de ces dispositions». Par «l'une de ces dispositions», il entend les trois infractions susmentionnées. Il fait savoir qu'un programme de conformité, à lui seul, ne pourra jamais suffire à prouver une conduite diligente. Il faudra qu'en plus, il soit «crédible et efficace» selon les mots du Bureau. Ce standard reprend celui la *United States Sentencing Commission* qui édicta, en 1991, le principe selon lequel la peine d'une entreprise est fixée en fonction de la présence d'«un programme effectif pour prévenir et détecter les violations de la loi»:

⁶⁸ A. M. MANIRABONA, préc., note 32, p. 8 et suiv. L'arrêt de référence dans ce domaine de la responsabilité stricte est R. c. *La Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

⁶⁹ Bulletin, préc., note 19, p. 7.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Ces infractions sont énoncées à la page 7 du Bulletin, préc., note 19, à la note 18.

(k) An «effective program to prevent and detect violations of laws» means a program that has been reasonably designed, implemented, and enforced so that it generally will be effective in preventing and detecting criminal conduct. [...] ⁷²

L'intérêt que présente le Bulletin du Bureau de la concurrence sur les programmes de conformité est la référence à la «société» au sens large, donc à toute «organisation» pour reprendre l'expression consacrée par le *Code criminel* aux articles 22.1 et 22.2. Pour rappel, les infractions de responsabilité stricte «n'exigent la preuve d'aucun élément moral, mais permettent à l'accusé une défense de diligence raisonnable»⁷³. Pour l'infraction de l'article 45 (les complots), 46 (les directives étrangères) ou celle de l'article 47 (le truquage des offres), la défense de diligence raisonnable en raison d'un programme de conformité crédible et efficace n'est pas possible, car ce sont des infractions de *mens rea*.

B. Les possibles conséquences d'un programme de conformité crédible et efficace sur les infractions criminelles de *mens rea* en droit de la concurrence

L'élément intentionnel étant exigé pour les infractions criminelles en droit de la concurrence (1), il convient d'en analyser la portée dans le cadre des articles 45 et 47 L.c. relatifs aux complots anticoncurrentiels (2).

1. L'élément intentionnel en droit de la concurrence

Suivant le découpage de la L.c., la doctrine distingue en droit de la concurrence les infractions criminelles des infractions civiles⁷⁴. Dans le droit pénal de la concurrence, on distingue aussi les infractions de cartels de celles rattachées à la publicité trompeuse⁷⁵. Nous allons nous intéresser dans ce paragraphe aux infractions de cartels que sont le complot (art. 45) et le truquage des offres (art. 47). En effet, pour les infractions de publicité

⁷² UNITED STATES, UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, préc., note 45.

⁷³ Jennifer A. QUAID, « Responsabilité de l'organisation », dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 52.

⁷⁴ K. DIAWARA, préc., note 38, p. 199 et 257 ; Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, préc., note 50, p. 54.

⁷⁵ Jennifer A. QUAID, « Infractions relatives à la concurrence » dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Droit de la consommation et droit de la concurrence*, fasc. 25, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 4.

trompeuse, nous avons vu qu'une défense de diligence raisonnable était possible. À présent, il convient de qualifier le type d'infraction que constituent le complot⁷⁶ et le truquage des offres, et cela, à la lumière de la réforme de 2004 relative à la responsabilité criminelle des organisations⁷⁷. La doctrine classe les articles 22.1 et 22.2 C. cr. dans la catégorie des infractions de *mens rea* subjective⁷⁸. La jurisprudence *PANS* s'applique pour les complots⁷⁹. Cette décision de la Cour suprême du Canada portait sur l'article 45 L.c. du temps où il exigeait que la couronne démontre hors de doute raisonnable une diminution indue de la concurrence. Pour cette raison, depuis la réforme de 2009, ses enseignements doivent être pris avec prudence⁸⁰. Karounga Diawara considère cependant que «demeurant toujours une infraction criminelle, la Couronne devra prouver hors de tout doute raisonnable, en référence aux conclusions de la l'arrêt *PANS*, que l'accusé avait l'intention subjective de conclure l'entente et en connaissait les modalités»⁸¹. Or, comme l'a indiqué la Cour suprême dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, les infractions criminelles «dans le vrai sens du terme»⁸², sont celles où la *mens rea* est exigée. Comme l'article 45 exige que le complot

⁷⁶ L'article 46 L.c. est relatif aux directives étrangères. Il s'agit d'une forme de complot à l'échelle internationale qui a une application au Canada. Pour cette raison, il n'est pas cité ici.

⁷⁷ À titre de rappel, le projet de loi C-45 présenté en 2003 avait pour origine une catastrophe survenue dans l'industrie minière. Par conséquent, l'état d'esprit des députés lors de l'étude ce projet était imprégné des questions de santé et de sécurité au travail. L'objectif était d'éviter l'impunité survenue à la fin du dossier de la mine de Westray où 26 mineurs avaient trouvé la mort en mai 1992. Par conséquent, les questions liées aux infractions économiques sont quasiment absentes des débats. Seuls les propos de Mme Sarmite Bulte, devant la Chambre des communes en deuxième lecture, évoquent cet aspect à travers les fraudes touchant la comptabilité, voir : CANADA, *Débats de la chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., n° 119, 15 septembre 2003, 2^{ème} lecture, 1730 (Sarmite Bulte). Voir aussi : Todd ARCHIBALD, Kenneth JULL et Kent ROACH, «The Changed Face of Corporate Criminal Liability», (2004) 48 *Criminal Law Quarterly* 367; Darcy L. MAC PHERSON, «Extending Corporate Criminal Liability: Some thoughts on Bill C-45», (2004) 30:3 *Manitoba Law Journal* 253; Steven BITTLE et Laureen SNIDER, «From Manslaughter to Preventable Accident: Shaping Corporate Criminal Liability», (2006) 28:4 *Law & Policy* 472.

⁷⁸ J. A. QUAID, préc., note 75, par. 57.

⁷⁹ R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Voir aussi : James B. MUSGROVE (dir.), *Fundamentals of Canadian Competition Law*, Toronto, Carswell, 2015, p. 65.

⁸⁰ K. DIAWARA, préc., note 38, p. 215.

⁸¹ *Id.*, p. 218.

⁸² R. c. *Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1326.

soit mis en œuvre dans un but précis, par exemple l'augmentation des prix, la démonstration d'une *mens rea* est exigée. Il en va de même pour les articles 46 et 47. L'article 46 vise l'application d'«une directive ou instruction ou un énoncé de politique ou autre communication» qui serait considérée comme un complot au sens de l'article 45, c'est-à-dire avec l'intention d'avoir un agissement anticoncurrentiel au sens de cet article. Pour l'article 47, il faut consentir ou s'engager à retirer une offre ou à ne pas en présenter, ce qui induit l'intention d'accepter l'accord anticoncurrentiel.

L'élément intentionnel est déterminant dans l'appréciation de la juridicité des programmes de conformité pour les entreprises. *A priori*, l'existence d'un programme de conformité permet de démontrer l'intention de l'entreprise de ne pas commettre d'infraction. Dès lors, s'il y a une infraction relevant des différentes formes d'ententes anticoncurrentielles prévues par la L.c., elle relève de la responsabilité pénale des auteurs personnes physiques et par extension de la responsabilité pénale de l'organisation.

2. L'identification de l'élément intentionnel dans les articles 45 et 47 de la *Loi sur la concurrence*

Il convient d'exposer brièvement les éléments essentiels des infractions contenues aux articles 45 et 47 L.c.⁸³ pour mesurer le contexte infractionnel dans lequel l'intention de l'auteur est exigée.

S'agissant de l'article 45, sur l'entente anticoncurrentielle, les éléments matériels de l'infraction sont un accord entre «deux personnes juridiquement distinctes» ayant la «volonté d'agir en commun»⁸⁴. Ces personnes doivent être en situation de concurrence,⁸⁵ mais la définition du marché en cause n'est plus requise depuis que l'article 45 est devenu une infraction *per se*. Plusieurs types d'accords sont visés: il s'agit des accords sur la fixation des prix, la répartition ou le partage du marché, la réduction ou la limitation de la production⁸⁶. L'élément intentionnel consiste en «l'intention subjective de conclure l'entente et d'en connaître les modalités»⁸⁷ et

⁸³ L'article 46 visant le complot international, il se rapproche de l'article 45. Pour cette raison, et par souci de concision, nous ne nous y attarderons pas.

⁸⁴ K. DIAWARA, préc., note 38, p. 203.

⁸⁵ *Id.*, p. 206.

⁸⁶ *Id.*, p. 211-213.

⁸⁷ *Id.*, p. 218.

« la connaissance objective de la qualité de concurrent et de la nature du complot »⁸⁸.

Pour l'article 47, l'élément matériel réside dans un accord ou un arrangement qui vise l'une des trois catégories de soumissions concertées, à savoir 1) la non-soumission concertée, 2) le retrait d'offre concerté, 3) l'offre coordonnée⁸⁹. Ces soumissions doivent répondre à un appel d'offres et la personne procédant à cet appel doit ignorer l'entente entre les concurrents⁹⁰. L'élément intentionnel réside dans « l'intention subjective des truqueurs de conclure l'accord ou l'arrangement »⁹¹.

La définition de l'intention dans le cadre de ces infractions spéciales de complot⁹² montre que la direction de l'entreprise peut être celle qui a l'intention de se concerter avec ses concurrents dans un but anticoncurrentiel. Toutefois, il n'y a pas que le dirigeant de l'entreprise qui peut être partie à un tel accord. Si l'on pense à une entreprise d'une taille relativement conséquente, il est peu probable que le ou les dirigeants et administrateurs de la société soient ceux qui concluent de tels accords. Dans ce cas, il s'agira plutôt d'employés de l'entreprise intervenant à des postes stratégiques comme dans le domaine du marketing, ceux chargés des ventes ainsi que les employés intervenant dans les salons professionnels ou les associations professionnelles, comme ce fut le cas dans l'affaire *Pétroles Global*⁹³. Il s'agit finalement de cadres supérieurs ou d'agents agissant sous la supervision d'un cadre supérieur. Ainsi, la question des conséquences de l'intention du cadre supérieur de commettre l'infraction est fondamentale.

C. La nouvelle définition du « cadre supérieur » : un changement de paradigme

En 2004, le législateur a modifié la définition du cadre supérieur, revenant de cette manière sur la théorie initiale de « l'âme dirigeante » définie

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*, p. 247.

⁹⁰ *Id.*, p. 248.

⁹¹ *Id.*, p. 252. Voir aussi : J. B. MUSGROVE, préc., note 79, p. 70.

⁹² Voir les arrêts suivants en droit pénal général sur le complot : *R. c. Déry*, [2006] 2 R.C.S. 669 et *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

⁹³ *R. c. Pétroles Global*, 2015 CanLII 1618 (Q.C. C.S.). Comme l'a aussi identifié le Bureau de la concurrence dans son Bulletin, voir : Bulletin, préc., note 19, p. 13.

dans la décision *Canadian Dredge Co.* (1). Désormais, la nouvelle définition est présente à l'article 2 C.cr. (2).

1. La théorie initiale de « l'âme dirigeante » : retour sur la décision *Canadian Dredge Co.*

La décision à l'origine de la définition de l'âme dirigeante est l'arrêt *Canadian Dredge Co.* de la Cour suprême⁹⁴. Cette décision rendue en 1985 est d'autant plus intéressante qu'elle avait pour objet l'infraction de truquage des offres; elle portait précisément sur le droit de la concurrence. La question posée à la Cour était de savoir si la responsabilité d'une compagnie pouvait être engagée lorsque son âme dirigeante avait agi frauduleusement envers elle ou pour son propre avantage, ou contrairement à des instructions de ne pas agir illégalement. La portion de la question qui nous intéresse est la dernière. Les programmes de conformité constituent une forme d'instructions données à tous les employés de se conformer à la loi. Le point central de cette décision est la démonstration tenant à la manière de rendre responsable pénalement une entreprise qui, contrairement à un être humain, est dépourvue de toute intention.

La décision comprend donc de longs développements sur la théorie de l'identification qui permettait, avant la réforme de 2004, de considérer l'acte commis intentionnellement par l'âme dirigeante de l'entreprise comme démontrant l'intention de l'entreprise en tant que personne morale. Il n'y a pas de responsabilité criminelle du fait d'autrui, mais bien responsabilité directe de l'entreprise, représentée par son âme dirigeante⁹⁵, c'est-à-dire son dirigeant ou son conseil d'administration.

Il convient de citer la définition de l'âme dirigeante retenue dans cette décision :

On a estimé que cette règle de droit provient de ce que le membre de la direction ou cadre supérieur a été retiré de la catégorie générale des "employés ou mandataires subalternes" à l'égard des actes desquels la personne morale employeur (tout comme la personne physique employeur) continuait de jouir d'une immunité contre toute responsabilité du fait d'autrui en droit criminel. Il s'agit de ce qu'on appelle communément la théorie de "l'identifi-

⁹⁴ *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662.

⁹⁵ *Id.*, p. 18.

cation”. L’application de cette théorie crée chez la personne morale l’élément de la *mens rea* qui, sans cela, n’existerait que chez la personne physique qui est l’âme dirigeante. Ainsi s’établit “l’identité” de l’âme dirigeante et de la compagnie, ce qui permet que celle-ci soit reconnue coupable de l’acte d’une personne physique qui est son employé. Tel est le pouvoir du raisonnement juridique. [...] Pour que la théorie puisse s’appliquer de manière à entraîner la responsabilité criminelle d’une compagnie par suite des actes d’un employé (qui, en règle générale, doit être lui-même responsable), l’employé en question doit être “l’incarnation”, “l’organe vital”, “l’alter ego” ou “l’âme dirigeante” de la compagnie employeur.⁹⁶

Quant au moyen de défense fondé sur des instructions de se conformer à la loi, la Cour explique :

Dans l’hypothèse où le droit reconnaîtrait un tel moyen de défense, une compagnie, pour échapper à toute responsabilité criminelle, *n’aurait qu’à adopter et à communiquer à son personnel une directive générale interdisant toute conduite illégale et imposant l’obligation de toujours obéir à la loi*. Mais ce n’est pas dire que *cela n’est pas un élément dont on pourrait tenir compte* dans un examen de la responsabilité d’une compagnie relativement aux infractions de *responsabilité stricte* dont nous avons déjà parlé. Toutefois, lorsque la cour doit statuer sur les infractions exigeant la *mens rea* qui, en droit, peuvent être commises par une compagnie, *le fait qu’il y a eu des instructions générales ou précises interdisant la conduite en question n’est pas pertinent*. La compagnie et son âme dirigeante sont devenues une seule entité et l’interdiction que ladite compagnie a pu adresser à d’autres personnes n’a, en droit, *aucun effet sur la détermination de la responsabilité criminelle soit de son âme dirigeante, soit de la compagnie elle-même* en raison des actes de l’âme dirigeante. Cela concorde avec la conclusion tirée par d’autres tribunaux.⁹⁷

La Cour poursuit plus loin en répondant négativement sur le point de savoir si des instructions de se conformer à la loi peuvent constituer une exonération de responsabilité pénale.

Il faut observer que cette décision s’inscrit dans une époque où la notion d’âme dirigeante était plus restreinte que celle retenue à l’article 2 C.cr. Il est maintenant question des cadres supérieurs⁹⁸. À ce titre, l’affaire *Pétroles*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*, par. 43 (nos italiques).

⁹⁸ David GOETZ, *Résumé législatif du projet de loi C-45: Loi modifiant le Code criminel (responsabilité pénale des organisations)*, publication n° LS-457F, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 3 juillet 2003, p. 11 ; CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Cinquième rap-*

Global a démontré qu'un cadre supérieur n'est pas forcément un administrateur de la société, mais peut être, précisément dans le contexte du droit de la concurrence, un gestionnaire régional ou un directeur responsable pour le Québec⁹⁹. Dans ce cas, le raisonnement de la Cour fondé sur une confusion de la personne physique dirigeante et de la personne morale de l'entreprise tient difficilement de nos jours. Un cadre supérieur ne peut être confondu avec la personne morale.

Par conséquent, l'arrêt *Canadian Dredge Co.* ne devrait pas être suivi sur ce point lors de l'étude de la responsabilité criminelle d'une entreprise ayant appliqué un programme de conformité crédible et efficace¹⁰⁰. En effet, la doctrine internationale et canadienne s'accordent pour dire qu'un programme de conformité s'adresse à tous les membres de l'entreprise, peu importe leur statut¹⁰¹. Ainsi, le risque de faille est élevé. Par conséquent, il n'y a en pratique qu'une présomption d'efficacité des programmes de conformité et non une efficacité pure et simple qui serait démentie par la première infraction commise, de la même manière que nous ne trouvons aucun avantage social à condamner une entreprise victime des agissements de son âme dirigeante¹⁰². La société ne tire désormais aucun avantage à condamner une entreprise dont on peut démontrer qu'elle a mis sur pied un programme de conformité crédible et efficace, tout en retenant le critère proposé de la présomption d'efficacité. Sur ce point, il n'est pas illogique de parler de présomption d'efficacité. Par conséquent, un pro-

port, Rapport du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 2^e sess., 37^e légis., octobre 2003, art. 1.

⁹⁹ J. A. QUAID, préc., note 75, par. 59. Cela avait déjà été évoqué lors des débats parlementaires relatifs au projet de loi C-45: CANADA, *Débats de la chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., n° 119, 15 septembre 2003, 2^e lecture, 1345.

¹⁰⁰ Les débats parlementaires devant la Chambre des communes démontrent cette rupture dans l'esprit du législateur par rapport à la Common law, voir: CANADA, *Débats de la chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., n° 119, 15 septembre 2003, 2^e lecture, 1605: « [...] une entreprise pourra dorénavant être criminellement responsable des actes posés par des employés qui ne sont pas nécessairement en position d'autorité, ou comme on le dit familièrement, «haut placés» dans l'entreprise ».

¹⁰¹ Todd ARCHIBALD, Ken JULL et Kent ROACH, «Corporate Criminal Liability: Myriad Complexity in the Scope of Senior Officer», (2013) 50(3) *Criminal L. Q.* 367.

¹⁰² *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, par. 52, *in fine*. Voir aussi: CANADA, *Débats de la chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., n° 119, 15 septembre 2003, 2^e lecture, 1340, 1350, 1555. Sur l'impact d'une poursuite sur la réputation de l'entreprise, *id.*, 1730.

gramme de conformité, à condition d'être crédible et efficace¹⁰³, pourrait inciter la couronne à ne pas engager de poursuite si l'infraction est l'acte d'un cadre supérieur ayant des fonctions importantes, mais ne dirigeant pas l'entreprise. Ceci n'exclut pas la poursuite de la personne physique, mais vient protéger l'organisation contre une telle poursuite. Il s'agirait pour la couronne de faire usage de son pouvoir « informel » de promouvoir la conformité à travers la discrétion des poursuites selon l'analyse de Amissi M. Manirabona¹⁰⁴. En effet, la discrétion des poursuites est un moyen de prendre en compte la conformité dans l'entreprise sans la judiciaire.

2. La nouvelle définition de l'article 2 C.cr. : un changement de paradigme

La notion de « cadres supérieurs », telle que définie dans le *Code criminel* à l'article 2, évoque la distinction entre la direction de l'entreprise et les cadres supérieurs, c'est-à-dire entre deux catégories de cadres supérieurs :

cadre supérieur 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 (*senior officer*). [Nos italiques]

Cette nouvelle définition illustre le changement de paradigme intervenu en 2004 en droit pénal des affaires. Désormais, l'entreprise n'est plus vue uniquement au travers de son âme dirigeante, mais aussi en tant qu'entité incluant plusieurs intervenants avec des rôles plus ou moins importants. Cela reflète une vision institutionnelle de l'entreprise.

En effet, le droit des sociétés nous apporte des éléments théoriques novateurs pour analyser cette prise de position du droit pénal des affaires quant au changement de paradigme entre la théorie de l'âme dirigeante et la définition du cadre supérieur telle qu'elle ressort de l'article 2 C.cr. En effet, les pays de common law, comme le Canada, considèrent la société comme un réseau de contrats : on parle de l'approche contractualiste. Il

¹⁰³ Il s'agit du critère *sine qua non* posé par le Bureau de la concurrence pour bénéficier d'un traitement favorable d'une affaire où un programme de conformité existe. Il en est question dès l'avant-propos du Bulletin, préc., note 19.

¹⁰⁴ A. M. MANIRABONA, préc., note 32, p. 7.

s'agit du « phénomène de “contractualisation” consistant à régler par des accords entre les associés des questions pour lesquelles une réglementation impérative n'impose pas de solution préétablie et le progrès des idées de gouvernement d'entreprise »¹⁰⁵. « [C]e mécanisme révèle qu'une entité sociétaire constitue en réalité l'instrument d'une autre personne qui abuse de la technique juridique à l'instar de l'usage frauduleux d'une structure inexistante »¹⁰⁶. Cette vision de la société explique en partie l'analyse de la Cour suprême en 1985. Comme la personne morale est l'outil de l'entrepreneur ou des administrateurs, si l'un d'eux commet un acte contraire à la loi alors que l'entreprise imposait une application rigoureuse de la loi, l'acte illégal est celui de l'entreprise. Il y a confusion des personnalités juridiques et responsabilité pénale de l'entreprise. Cependant, depuis 2004, on pourrait considérer que l'approche retenue est celle applicable dans les pays de droit civil, c'est-à-dire l'approche institutionnelle de l'entreprise : « l'entreprise en tant que phénomène collectif groupant des apporteurs de capitaux, des dirigeants et des travailleurs »¹⁰⁷. Selon cette conception de l'entreprise, la théorie de l'âme dirigeante fait référence à la catégorie des dirigeants. Cependant, avec la définition retenue à l'article 2 C.cr. lors de

¹⁰⁵ Ivan TCHOTOURIAN avec la collaboration de Jean-Christophe BERNIER, *Devoir de prudence et de diligence des administrateurs et RSE. Approche comparative et prospective*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 128. Voir aussi : CANADA, *Débats de la chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., n° 119, 15 septembre 2003, 2^e lecture, 1550 et 1555, propos de Vic Toews : « Au cours du débat sur le projet de loi, il faut se rappeler que l'une des principales raisons pour lesquelles les entreprises choisissent de se constituer en société, c'est pour protéger leurs actionnaires et leurs administrateurs contre les poursuites au civil liées aux activités de la société. Je ne dis pas que, puisque les entrepreneurs se sont arrangés pour éviter d'être tenus personnellement responsables, cela devrait excuser une conduite criminelle. La conduite criminelle devrait être punie, qu'elle soit directement attribuable à une personne ou indirectement attribuable à la société.

(1555) Les dirigeants, les administrateurs, les cadres et les employés de la société ne jouissent pas à l'heure actuelle, et ne devraient pas jouir, de l'avantage de l'immunité au criminel. En vertu des dispositions actuelles du Code criminel, ils sont légalement comptables de leurs propres fautes. En outre, les sociétés peuvent être elles-mêmes tenues criminellement responsables. Dans des cas de responsabilité stricte ou absolue, une société pourrait être tenue criminellement responsable d'actes illégaux ou d'omissions commises par des personnes qui, en raison de leur poste ou de l'autorité qu'elles exercent au sein de la société, pourraient être considérées comme étant l'esprit dirigeant de la société ».

¹⁰⁶ I. TCHOTOURIAN, préc., note 105, p. 129.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 151.

la réforme de 2004, il apparaît que le cadre supérieur peut faire partie de la catégorie des dirigeants, mais aussi de la catégorie des employés ayant des fonctions importantes de gestion. Or, dès lors que le cadre dirigeant s'inscrit dans la catégorie des « travailleurs » en tant qu'employés ayant des fonctions importantes de gestion, comme susmentionné dans la vision institutionnelle de l'entreprise, on ne peut plus considérer que son intention est nécessairement celle de l'entreprise. L'intention du cadre supérieur est un élément déterminant dans la prise en compte des programmes de conformité en droit pénal de la concurrence. Un cadre supérieur est autant un élaborateur d'orientations de l'organisation qu'un gestionnaire d'un important domaine d'activité¹⁰⁸.

Pour cette raison, il faut distinguer *in fine* le « cadre supérieur gestionnaire » de la société du cadre supérieur conduisant la politique de l'entreprise, c'est-à-dire un membre du conseil d'administration, le dirigeant de l'entreprise ou tout cadre qui contribue directement à la destinée de l'entreprise, que l'on pourrait qualifier, aux fins de l'analyse, de « cadre supérieur dirigeant »¹⁰⁹. Si on peut comprendre, dans le contexte de l'ancienne théorie, que l'intention de l'entreprise se démontre par l'identification de l'intention de son âme dirigeante, ce qui correspondrait dans notre terminologie aux « cadres supérieurs dirigeants », cette assimilation ne peut s'opérer quand des cadres supérieurs dirigeants, seuls habilités à décider de la mise en place d'un programme de conformité, n'ont pas commis l'infraction au droit de la concurrence. En revanche, s'ils ont commis l'infraction, alors la présence d'un programme de conformité se retourne contre eux et permet de démontrer l'intention de violer sciemment la L.c.

¹⁰⁸ Todd ARCHIBALD, Ken JULL et Kent ROACH, « Critical Developments in Corporate Criminal Liability: Senior Officers, Wilful Blindness, and Agents in Foreign Jurisdictions », (2013) 60 *Criminal Law Quarterly* 92, p. 95 et suiv.

¹⁰⁹ CANADA, *Débats de la chambre des communes*, 2^e sess., 37^e légis., n° 119, 15 septembre 2003, 2^e lecture, 1345. Paul Harold Macklin, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada, prononce le discours en 2^e lecture devant la Chambre des communes et énonce : « Au moyen de la définition de cadres supérieurs, nous proposons d'élargir la notion d'âme dirigeante en englobant ceux qui seraient déjà considérés de la sorte, les personnes qui ont un rôle important dans la formulation de la politique au lieu d'avoir le pouvoir ultime de l'adopter, et les personnes chargées de gérer un aspect important des activités de l'organisation, même si elles n'ont pas le pouvoir d'établir la politique. Le changement proposé reflète l'organisation des grandes sociétés modernes ».

II. L'intention du cadre supérieur : élément déterminant dans la prise en compte des programmes de conformité en droit pénal de la concurrence

Une lecture précise de l'article 22.2, qui établit les conditions de l'élément moral des infractions, permet de définir l'élément intentionnel appliqué au cadre supérieur gestionnaire (A). Cette intention est d'autant plus importante en présence de l'imminence de la participation d'un agent à une infraction, car dans ce cas, le programme de conformité peut permettre au cadre supérieur d'empêcher l'infraction (B). Cette lecture de l'article 22.2 C.cr. est indispensable afin d'assurer la cohérence du système répressif au regard des programmes de conformité (C).

A. L'élément intentionnel appliqué au cadre supérieur gestionnaire

Les infractions au droit de la concurrence nécessitent la démonstration d'un élément intentionnel, c'est-à-dire la *mens rea*. Hormis les cas évoqués plus haut de responsabilité stricte, les infractions criminelles liées aux ententes anticoncurrentielles nécessitent la démonstration d'une intention particulière autre que la négligence. La responsabilité pénale des organisations est *a priori* déterminée sous l'article 22.2 C.cr. et non sous l'article 22.1 C.cr. puisque ce dernier s'applique au cas où une preuve de négligence est exigée.

Pour rappel, l'article 22.2 C.cr. dispose :

22.2 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. [Nos italiques]

L'expression « selon le cas » ouvre trois types de responsabilité. Si les deux premières concernent le cadre supérieur à titre d'auteur, le paragraphe 22.2c) vise l'agent qui se trouve sous les ordres d'un cadre supérieur gestionnaire. Dans cette hypothèse, les programmes de conformité peuvent jouer un rôle déterminant, notamment en droit de la concurrence. Cela vient également confirmer que la définition unificatrice du cadre supérieur à l'article 2 C.cr. ne doit pas dissimuler l'intérêt d'une scission entre le cadre supérieur dirigeant et le cadre supérieur gestionnaire aux fins de l'application de l'aliéna 22.2c), comme le fait la définition du cadre supérieur à l'article 2 C.cr. Notre hypothèse se fonde en particulier sur la seconde option offerte par l'alternative de le paragraphe 22.2c) puisque l'imminence de l'infraction décrite par les mots « ou est sur le point d'y participer » a une importance prépondérante en présence d'un programme de conformité. En effet, ce dernier permet de détecter les infractions qui sont sur le point d'être commises par des agents.

Les éléments nécessaires pour engager la responsabilité de l'organisation sont simples. Il faut d'abord se référer à l'intention d'un cadre supérieur de faire profiter, même partiellement, l'entreprise de l'infraction qu'il n'empêche pas. Que dire alors si l'entreprise profite de l'infraction ? Il y a à ce sujet un débat doctrinal¹¹⁰. En effet, si l'intention du cadre dirigeant est de faire profiter l'entreprise de l'infraction, ce qui sera par exemple le cas si la collusion permet d'augmenter les profits ou de maintenir des parts de marché de l'entreprise, l'arrêt *Canadian Dredge Co.* invite à retenir la responsabilité de l'entreprise. Une fois de plus, si l'analyse tient au sujet de l'âme dirigeante, elle est plus difficile à tenir si l'infraction provient d'un cadre supérieur car, dans ce cas, il n'est pas le mieux placé pour savoir ce qui est profitable à l'entreprise, contrairement aux membres d'un conseil d'administration. Si on se projette à moyen et long termes, au lieu de retenir une appréciation à court terme de la profitabilité de l'infraction, le droit de la concurrence démontre, comme nous l'avons relevé plus haut¹¹¹, la mise en branle d'un extraordinaire appareil répressif. Comment dès lors peut-on raisonnablement soutenir que la violation d'un programme de conformité, qui démontre la conscience de l'entreprise et de ses dirigeants du risque concurrentiel qu'elle court, constitue une source de responsabilité

¹¹⁰ 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, 160-163 ; J. A. QUAID, préc., note 75, par. 60.

¹¹¹ *Loi modifiant le Code criminel (Responsabilité pénale des organisations)*, préc., note 54.

pénale? Notre avis est qu'il faut soit que la poursuite ne dépose pas d'accusation¹¹², soit exonérer l'entreprise de sa responsabilité pénale en présence d'une infraction commise par un cadre supérieur ayant des fonctions importantes de gestion de l'entreprise si le programme de conformité est crédible et efficace, même si l'acte peut paraître, à court terme, profitable pour l'entreprise. Il va sans dire que si l'infraction est l'œuvre d'un cadre supérieur associé à la catégorie des dirigeants de l'entreprise, l'application de l'arrêt *Canadian Dredge Co.* retrouve toute sa légitimité. Par ailleurs, si aucun programme de conformité n'existe avant l'infraction, il est normal de reconnaître la responsabilité de l'entreprise pour son inconscience face au risque concurrentiel et donc quant aux effets néfastes, pour le public, des ententes anticoncurrentielles. Ce point de vue s'appuie sur le fait que les infractions au droit pénal de la concurrence sont des infractions de *mens rea* subjective qui impliquent la volonté de transgresser la loi.

Les infractions d'ententes criminelles de la L.c. sont des infractions dites de « *mens rea* subjectives »¹¹³ et acceptent l'application de l'article 22.2 C.cr. La Cour supérieure, dans l'arrêt *R. c. Pétroles Global* en 2015¹¹⁴, a affirmé que ces nouvelles dispositions sur les organisations devaient s'appliquer aux ententes, ce qui implique la prise en compte de l'intention d'un cadre supérieur :

75. Il faut prendre garde de réhabiliter l'ancienne théorie de l'identification qui voulait que la responsabilité de la personne morale ne pouvait être retenue qu'au plus haut échelon.

[...]

77. La Loi a changé. La responsabilité pénale de Global est engagée par le fait de son cadre supérieur. La responsabilité pénale n'est pas moindre aux fins de la détermination de la peine parce que le conseil d'administration n'a pas autorisé l'infraction ou n'était pas au courant.

Selon la Cour supérieure, depuis 2004, la théorie de l'identification n'a plus cours. Il faut désormais appliquer les nouvelles dispositions reconnaissant qu'un cadre supérieur engage la responsabilité criminelle de son

¹¹² Conformément à son pouvoir discrétionnaire, voir : A. M. MANIRABONA, préc., note 32, p. 7 et suiv.

¹¹³ Il s'agit d'un élément intentionnel « évalué par rapport à l'état d'esprit de l'accusé », voir : J. A. QUAID, préc., note 73, par. 61.

¹¹⁴ *R. c. Pétroles Global*, 2015 CanLII 1618 (Q.C. C.S.).

organisation. Or, en 1985, la théorie de l'identification était le fondement de l'analyse de la Cour suprême. Dans ce cas, il est logique de considérer que ce qui était considéré autrefois comme l'âme dirigeante ne peut se défendre aujourd'hui en indiquant que les employés à l'origine de l'infraction n'ont pas une autonomie décisionnelle engageant la société. Désormais, les cadres supérieurs engagent la responsabilité de l'organisation. Selon nous, il apparaît alors qu'en présence d'un programme de conformité crédible et efficace, la responsabilité pénale de l'entreprise sera engagée dans le cas d'un cadre supérieur qui est membre du corps des employés et qui exerce des fonctions importantes de gestion de l'entreprise. Cela peut être également le cas quand l'infraction est commise par un agent supervisé par un cadre supérieur. Cette hypothèse renvoie à l'imminence de l'infraction et la possibilité d'y mettre fin grâce à un programme de conformité. Dans ce cas cependant, nous suggérons une atténuation de cette responsabilité de l'organisation.

B. L'imminence de la participation d'un agent à l'infraction : le rôle des programmes de conformité sur la détermination de l'intention du cadre supérieur

Comme nous venons de le voir, lors de la démonstration de la responsabilité pénale de l'entreprise par la couronne en présence d'un programme de conformité crédible et efficace, il est nécessaire de distinguer ces deux catégories de cadres supérieurs. Par exemple, le cadre supérieur gestionnaire est plus susceptible d'avoir connaissance de l'infraction d'un agent selon le paragraphe 22.2c) que le cadre supérieur dirigeant, en raison de sa proximité avec les agents de l'organisation. Les programmes de conformité ont un impact particulier dans ce contexte lorsque l'infraction est sur le point d'être commise selon la seconde option posée par l'alternative du paragraphe 22.2c) C. cr.

En effet, un indice de la juridicité des programmes de conformité, au stade de l'établissement de la responsabilité pénale de l'organisation, est le renvoi aux « mesures voulues » du paragraphe 22.2c) C.cr., selon lequel l'organisation est responsable lorsqu'un agent est sur le point de participer à une 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. [nos italiques]

L'analyse des pratiques anticoncurrentielles à la lumière du paragraphe 22.2c) est intéressante. En effet, que signifie l'expression « prendre les mesures voulues pour l'en empêcher » quand un agent est le point de participer à une infraction ? Si un salarié est sur le point de commettre une infraction ou projette une infraction et qu'un cadre supérieur le sait, l'infraction n'est pas encore commise et le cadre supérieur peut l'en empêcher. Si ces mesures pour l'en empêcher sont de le convier, par exemple, à une séance de formation sur la conformité, dans le cadre d'un programme de conformité, faut-il considérer que l'infraction, si elle survient, démontre l'inefficacité du programme et la culpabilité de l'organisation ? Il semble que non puisque le cadre supérieur aura voulu empêcher l'acte. De plus, si cela n'est pas suffisant, quelle mesure l'est ? Faut-il rencontrer le salarié et lui demander de cesser ces activités illégales ? Faut-il aller jusqu'à le congédier ? Il y aurait ici besoin d'une interprétation jurisprudentielle. Mais il semble raisonnable de penser que le *Code criminel* n'ignore pas complètement la volonté de l'organisation, par l'intermédiaire de ses cadres, d'empêcher les infractions criminelles. Or, un programme de conformité crédible et efficace a nécessairement cette vocation¹¹⁵.

Dans la version anglaise, il est fait référence aux « *reasonable measures* », ce qui est plus explicite que la version française. Les mesures voulues sont des mesures raisonnables. Mais, en s'en tenant à la lettre de la version française, la question est de savoir quelles sont les « mesures voulues » ? Sont-elles les mesures voulues par l'État ? Ou par l'entreprise elle-même ? Ou bien s'agit-il des mesures voulues par les circonstances ?

Dans le cas des mesures voulues par l'État, nous considérons qu'il faut y inclure les mesures voulues par le Bureau de la concurrence en tant que normes semi-publiques. Par conséquent, le cadre supérieur qui omet d'ap-

¹¹⁵ Bulletin, préc., note 19, par. 4.6, p. 21 et 22 : « Des mesures disciplinaires systématiques et des plans incitatifs appropriés en matière de conformité démontrent que l'entreprise prend au sérieux les contraventions à la Loi et qu'elle s'engage à la faire respecter. [...] Ce programme devrait également mentionner que des sanctions disciplinaires seront prises contre les gestionnaires qui ne prennent pas les mesures nécessaires pour repérer ou empêcher les cas d'inconduite, conformément aux obligations du programme de conformité ou qui ne prennent pas les mesures disciplinaires appropriées » [nous soulignons]. Le Bureau suggère ainsi aux entreprises pour établir le sérieux de leur programme, p. 22 : « En cas d'infraction, évaluer si la direction a fait le nécessaire pour empêcher ou détecter la contravention et déterminer la responsabilité des gestionnaires selon ce critère ».

plier les lignes directrices fixées par le Bureau en matière de conformité entraîne la responsabilité de son entreprise. De même, si les mesures sont voulues par l'entreprise, laquelle applique par exemple les directives du Bureau en matière de conformité, cela signifie également que le cadre supérieur défaillant entraîne la responsabilité pénale de son entreprise. Au regard de la version anglaise, il semble plus logique de penser que les « mesures voulues » sont des mesures raisonnables en raison des circonstances et que le caractère raisonnable de ces mesures doit faire écho en droit de la concurrence au programme de conformité crédible et efficace voulu par le Bureau de la concurrence.

À ce sujet, les auteurs Todd Archibald, Ken Jull et Kent Roach croient en une défense de « mesures voulues » puisqu'un programme de conformité appliqué par un cadre supérieur démontre la volonté de prendre des mesures pour empêcher l'infraction. Si l'entreprise met en place des contrôles inopinés de conformité ou prend des mesures disciplinaires, il s'agit de mesures « raisonnables »¹¹⁶. Ils suivent ici un standard objectif à l'image de ce qui existe dans le cadre de la diligence raisonnable. On n'exige pas dans ce cas la perfection des mesures¹¹⁷. La couronne devra alors démontrer hors de tout doute raisonnable, et c'est là que s'arrête la comparaison avec la diligence raisonnable, selon les auteurs, que des mesures raisonnables ont été prises.

Une autre notion invoquée par les auteurs Todd, Jull et Roach est celle d'aveuglement volontaire ou d'ignorance volontaire¹¹⁸. Cette notion suppose que le cadre supérieur soupçonne quelque chose, mais ne fait pas d'enquête pour confirmer ou infirmer ses doutes. S'abritant derrière la jurisprudence *Briscoe* de la Cour suprême¹¹⁹, elle-même citant l'arrêt *Jorgesen*¹²⁰, ils rappellent ce qu'a dit la Cour à ce sujet : « [p]our conclure à l'ignorance volontaire, il faut répondre par l'affirmative à la question suivante : L'accusé a-t-il fermé les yeux parce qu'il savait ou soupçonnait fortement que s'il regardait, il saurait ? ». Pour eux, le paragraphe 22.2c), commençant par

¹¹⁶ T. ARCHIBALD, K. JULL et K. ROACH, préc., note 101, p. 9.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ Les mêmes auteurs relèvent les différences entre ces deux expressions, voir : T. ARCHIBALD, K. JULL et K. ROACH, préc., note 108, p. 118 et suiv.

¹¹⁹ *R. c. Briscoe*, [2010] 1 R.C.S. 411.

¹²⁰ *R. c. Jorgesen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

« sachant », implique la notion d'ignorance volontaire¹²¹. Cela signifie que le cadre supérieur doit avoir connaissance de l'infraction. Dans ce cas, la notion d'ignorance volontaire s'applique et constitue la *mens rea*. Pour poursuivre l'analyse de ces auteurs, si le cadre supérieur applique un programme de conformité crédible et efficace, il enquête sur les comportements de ses agents¹²². Dès lors, si un agent commet une infraction malgré un contrôle, et considérant que le standard objectif applicable aux « mesures voulues ou raisonnables » n'implique pas la perfection, il est possible de plaider que malgré la présence d'un programme de conformité objectivement crédible et efficace, le cadre supérieur ignorait l'acte criminel de son agent.

Ces éléments de réflexion doivent servir à assurer la sécurité juridique des entreprises au Canada en garantissant que les efforts investis dans la conformité à la *Loi sur la concurrence* seront utiles à la protection de la personne morale représentant l'entreprise. L'objectif est d'assurer une cohérence du système répressif qui ne peut encourager les programmes de conformité d'un côté, et, de l'autre, sanctionner sévèrement l'organisation qui a cherché de bonne foi et de manière crédible et efficace à respecter la loi¹²³.

C. L'illustration de la cohérence du système répressif au regard des programmes de conformité

Afin d'assurer la pertinence de la démarche du Bureau de la concurrence, nous proposons la présentation de ce système sous la forme holistique d'une boucle de conformité¹²⁴. Nous considérons qu'il existe quatre

¹²¹ Harry GLASBEEK, « Missing the targets – Bill C-45: Reforming the status quo to maintain the status quo », (2013) 11-2 *Policy and Practice* 9, 13 : « In respect of crimes requiring proof of intent (such as intention, recklessness, wilful blindness), senior officers who knew about the possibility of wrongdoing by a representative will now make the organisation criminally liable if they failed to take reasonable steps to prevent the representatives from acting wrongfully ».

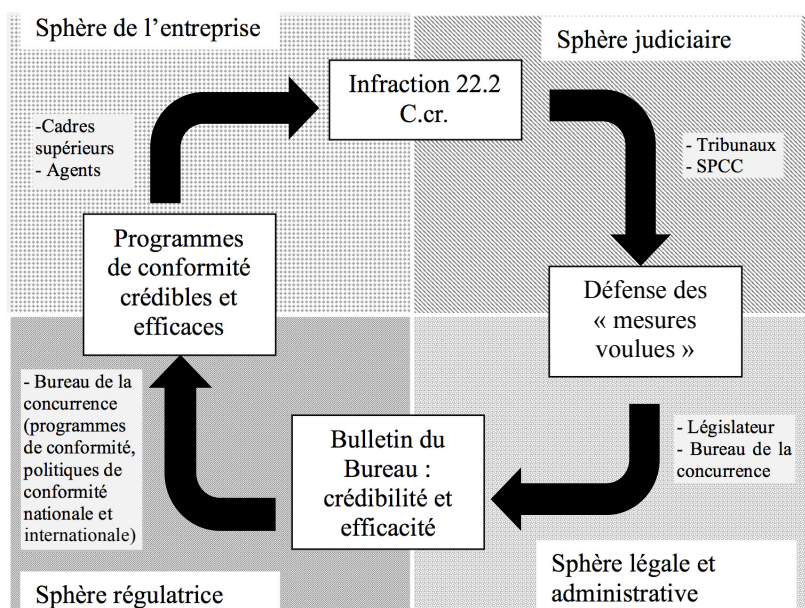
¹²² Au besoin, le lecteur pourra se référer aux critères d'un programme de conformité crédible et efficace, voir A. J. STATMAN, préc., note 18.

¹²³ Cette opinion rejoint celle de A. M. MANIRABONA, préc., note 32, p. 4 et suiv.

¹²⁴ CENTRE DE RECHERCHE LEGALEDHEC, *De la conformité réglementaire à la performance: pour une approche multidimensionnelle du risque juridique*, Septembre 2009, en ligne : <<https://www.edhec.edu/fr/publications/de-la-conformite-reglementaire-la-performance-pour-une-approche-multidimensionnelle-du>> (consulté le 7 février 2017). Cette étude propose une approche holistique de la performance en matière de confor-

sphères où les programmes de conformité devraient être pris en compte et qu'il est nécessaire d'assurer une communication entre elles pour que les programmes de conformité aient une juridicité et, surtout, une pertinence dans l'environnement juridique lié à la responsabilité pénale de l'entreprise en droit de la concurrence. Pour cette raison, nous retenons l'idée d'une « boucle de conformité » :

Boucle de conformité en droit de la concurrence canadien



Le processus de communication est le suivant : lorsqu'un programme de conformité est mis en œuvre dans une entreprise, il doit s'inspirer des directives du Bureau de la concurrence afin d'être crédible et efficace. La sphère réglementaire, dans laquelle se trouve le Bureau, communique alors ses directives à la sphère de l'entreprise, qui les met en place. En cas de responsabilité pénale, l'entreprise se verra appliquer l'article 22.2 C.cr. dans la sphère judiciaire. Le juge tient alors compte, conformément aux débats

mité à travers une « roue de la conformité réglementaire » regroupant quatre rayons appelés « dimensions » institutionnelle, substantielle, organisationnelle et fonctionnelle (p. 19). Cette roue est similaire à notre proposition de boucle et aux sphères d'influence proposées.

exposés plus haut, de la défense des « mesures voulues » (*reasonable measures*), provenant de la sphère légale et administrative, afin d'adapter la solution du litige à la présence d'un programme de conformité crédible et efficace. L'objectif est d'assurer la cohérence entre la volonté du Bureau de voir les entreprises intégrer des programmes de conformité dans leur fonctionnement, et une lecture de l'article 22.2 C.cr. qui prendrait en compte ces programmes de conformité. De cette manière, la cohérence de la politique répressive de l'État canadien en droit de la concurrence est assurée à l'intérieur de la sphère légale et administrative.

III. L'impact des programmes de conformité sur le quantum de la peine

Si la juridicité des programmes de conformité crédibles et efficaces en droit de la concurrence est sujette à une interprétation technique en raison de l'absence de prise en compte explicite de tels programmes à l'étape de la responsabilité pénale de l'entreprise par le droit, il en est tout autrement en ce qui a trait à la peine. Selon le Bureau de la concurrence, un programme de conformité crédible et efficace est un moyen de bénéficier des programmes d'immunité et de clémence du Bureau *a priori* (A). Par contre, le *Code criminel* permet explicitement *a posteriori* la prise en compte des programmes de conformité mis en place après l'infraction pour éviter le risque de récidive (B).

A. L'absence de peine ou sa diminution grâce aux programmes d'immunité et de clémence *a priori*

La conformité a pour première vocation d'éviter les infractions criminelles dans l'entreprise. Le Bureau de la concurrence explique alors dans son bulletin qu'un programme de conformité crédible et efficace est un outil de qualification pour les programmes d'immunité et de clémence (1). De plus, même si l'infraction est poursuivie devant les tribunaux, le programme de clémence pourrait être invoqué afin de bénéficier d'une sanction juste et suffisante (2).

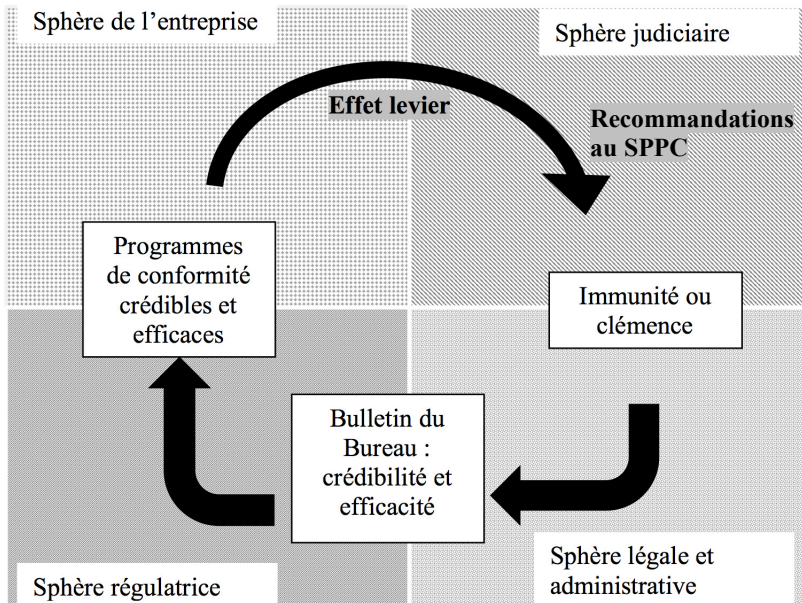
1. Les programmes de conformité: un outil de qualification pour les programmes d'immunité et de clémence

L'un des avantages de la conformité en droit de la concurrence, et d'un programme de conformité crédible et efficace pour la mettre en place, est la possibilité de dénoncer rapidement des infractions auprès du Bureau de la concurrence. Rappelons que les programmes d'immunité et de clémence permettent à des entreprises ayant perpétré une infraction au droit de la concurrence sur le sol canadien de se qualifier pour une exonération ou une réduction de peine¹²⁵. On parle respectivement dans ces deux cas d'immunité et de clémence¹²⁶. Pour obtenir une telle qualification, la rapidité des parties impliquées est de rigueur. La peine est supprimée ou abaissée au prix de la course: premier arrivé, premier protégé. L'objectif est d'encourager la dénonciation des infractions au droit de la concurrence. De nature secrète, ces infractions graves pour l'économie ne peuvent être entièrement détectées au moyen des seuls services d'enquête du Bureau de la concurrence; le coût de telles investigations serait très élevé pour l'État canadien. La dénonciation permet alors de réduire les coûts de l'enquête tout en augmentant les probabilités de détection.

Avec les programmes de conformité, le Bureau crée un effet de levier pour ses programmes d'immunité et de clémence. En effet, les programmes de conformité créent un système de détection interne qui va alimenter les dénonciations auprès du Bureau de la concurrence. Pour reprendre l'image de la boucle de conformité, les programmes d'immunité et de clémence évitent que les dénonciations passent par les sphères judiciaire et légale, si ce n'est pour la recommandation au SPPC. Ce traitement favorable de l'entreprise au niveau pénal encourage les programmes de conformité dans d'autres entreprises, ce qui favorise en retour la communication entre la sphère régulatrice et la sphère de l'entreprise.

¹²⁵ A. M. MANIRABONA, préc., note 32, p. 11 et suiv.; Y. BÉRIault, M. RENAUD et Y. COMTOIS, préc., note 50, p. 24 et suiv.

¹²⁶ Le lecteur peut se référer aux pages 705-706.



Le Bureau de la concurrence ne s'y est pas trompé et 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 ;¹²⁷

Concernant la qualification au titre des programmes d'immunité et de clémence, 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 :

¹²⁷ Voir : Bulletin, préc., note 19, p. 4.

- 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;
- 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 programme.¹²⁸

Le Bureau précise bien que le fardeau de la preuve de la crédibilité et de l'efficacité du programme revient à l'entreprise contrevenante. Il s'agit d'un argument supplémentaire attestant que l'infraction ne peut suffire à prouver l'inefficacité du programme ou son absence de crédibilité: autrement, le Bureau lui-même ne prévoirait pas qu'un tel programme puisse jouer sur ses recommandations au SPPC.

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.¹²⁹

Ceci démontre encore le pouvoir mitigateur de la peine joué par un programme de conformité crédible et efficace¹³⁰. 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 »¹³¹. Il existe un protocole d'entente entre le Commissaire de la concurrence et le Directeur des poursuites pénales du Canada visant à ce que les recommandations prises en matière de clémence par le Commissaire soient respectées par le SPPC¹³². Mais les

¹²⁸ *Id.*, p. 5.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*, p. 6.

¹³¹ *Id.*, p. 7.

¹³² CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Protocole d'entente Concernant la conduite des enquêtes criminelles et des poursuites pénales en application de la Loi sur la concurrence*, la

procureurs en défense doivent savoir que malgré cette apparente autorité du Bureau en matière de recommandation de la peine, l'article 3.6 du Protocole rappelle au contraire le pouvoir discrétionnaire du SPPC en matière d'immunité et de clémence¹³³:

3.6 Une recommandation d'immunité ou de clémence du Bureau au SPPC doit exposer toutes les considérations pertinentes afin que le procureur exerce son *pouvoir discrétionnaire* de manière indépendante en toute connaissance de cause. [Nos italiques]

Il faut en conclure que si, *a priori*, un programme de conformité crédible et efficace peut jouer en faveur de l'entreprise pour dénoncer rapidement une infraction au Bureau et ainsi bénéficier d'une peine moindre, cette prérogative revient finalement au SPPC. S'agissant d'un pouvoir discrétionnaire, il n'y a, du moins en théorie, aucune garantie à ce sujet pour l'entreprise contrevenante. Nous allons maintenant étudier ce qu'il en est si l'affaire est finalement portée devant les tribunaux.

2. Les programmes de conformité crédibles et efficaces : un moyen de réduire la peine de l'organisation

Comme le rappellent les auteurs Collins Hoffman et Pinsonnault :

Le tribunal qui ordonne l'imposition d'une amende selon les balises édictées par l'art. 718.21 CCr jouit d'une large discrétion. Il s'agit pour ce dernier de condamner l'organisation au paiement d'une somme qui, sans trop affecter sa viabilité économique, est juste et suffisante pour prévenir la récidive et ser-

Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, la Loi sur l'étiquetage des textiles et la Loi sur le poinçonnage des métaux précieux, en ligne : <http://www.bureau delaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03227.html#s3_0> (consulté le 7 février 2017).

¹³³ Voir : A. M. MANIRABONA, préc., note 32, p. 7. Il faut citer la virulente critique du juge Crampton de la Cour fédérale au sujet d'une entente entre une entreprise et le SPPC, dans *Canada v. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, [2012] F.C.J. No. 1206, par. 4 : « Les présents motifs visent à modifier les attentes futures à l'égard de la Cour en prenant acte qu'à l'avenir, celle-ci pourrait à bon droit exiger un dossier de preuve plus complet ou une approche modifiée quant à la détermination d'une peine conjointement recommandée, ainsi que des observations plus détaillées, avant d'être convaincue qu'une telle peine ne serait ni contraire à l'intérêt public, ni susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Le contexte infractionnel était celui de l'article 46 L.c. (directives étrangères).

vir d'exemple pour d'autres organisations et ainsi constituer un motif de dissuasion et un incitatif à la prévention.¹³⁴

Si une entreprise a mis en place un programme de conformité crédible et efficace, le juge devrait tenir compte de cette situation pour déterminer la peine. Dans le cas contraire, le message envoyé à la communauté canadienne des affaires irait à l'encontre de la volonté du Bureau de la concurrence. La cohérence du système de conformité, mise en lumière dans la boucle de conformité, se retrouverait mise à mal. Il apparaît à la lecture de l'article 718.21 C.cr., créant des facteurs à prendre en compte pour déterminer la peine d'une organisation, que le facteur *e*) permet de prendre en compte les programmes de conformité crédibles et efficaces. Il 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.

Le juge doit répondre à la question de savoir si le programme de conformité a permis ou non de réduire les frais d'enquête. Par souci de cohérence, il semble nécessaire de considérer qu'un programme de conformité qui a permis non pas de prévenir une pratique anticoncurrentielle, mais de dénoncer une pratique anticoncurrentielle aura permis de limiter les frais d'enquête. En effet, la détection à l'interne des infractions grâce aux programmes de conformité permet à l'entreprise de dénoncer rapidement l'infraction à l'organisme public chargé de l'enquête, ce qui a pour effet d'arrêter des investigations techniques et coûteuses, comme c'est le cas des infractions économiques et financières. Prenons par exemple l'enquête Octane sur le cartel de l'essence au Québec : les décisions rendues dans cette affaire montrent que le dossier contenait 220 000 communications interceptées et 637 000 pages. Selon la juge Dutil de la Cour d'appel du Québec, elle évaluait de cinq à six millions de dollars le coût de leur transcription¹³⁵. Les dossiers en droit de la concurrence sont coûteux et les programmes de conformité permettent de réduire ces coûts en permettant une collaboration efficace entre le Bureau de la concurrence et les entreprises contrevenantes. La peine de l'entreprise devrait donc être diminuée. On ne peut inciter les entreprises à adopter des programmes de conformité crédibles et efficaces pour qu'elles bénéficient de l'immunité et de la

¹³⁴ P.-C. COLLINS HOFFMAN et G. PINSONNAULT, préc., note 110, p. 165 et 166.

¹³⁵ *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2015 QCCA 919, par. 6.

clémence et refuser, en cas de poursuite, de prendre en compte dans le cadre du facteur *e*) le programme de conformité qui aura permis de dénoncer une infraction¹³⁶.

B. La prise en compte *a posteriori* des programmes de conformité dans la fixation de la peine en dehors des procédures de collaboration avec le Bureau de la concurrence

Dans cette dernière section de l'étude, nous présupposons que le programme de conformité d'une entreprise n'a pas permis de détecter une infraction, ou bien que l'entreprise n'en possédait pas. Cependant, le C.cr. offre une seconde chance à l'entreprise contrevenante, en prenant en compte les programmes de conformité mis en place après l'infraction (1), ou encore en permettant au juge d'ordonner la mise en place d'un programme de conformité par le biais d'une ordonnance de probation (2).

1. L'article 718.21 : le facteur *j*) et la prise en compte des programmes de conformité dans la fixation de la peine

Le dernier facteur énoncé par l'article 718.21 C.cr. dispose que le tribunal détermine la peine en prenant en compte « l'adoption par l'organisation de mesures en vue de réduire la probabilité qu'elles commettent d'autres infractions ». Il s'agit d'une mesure prise *a posteriori* puisque les mesures viennent pour éviter « d'autres infractions », ce qui peut inclure la récidive. La version anglaise est plus claire en parlant de « *subsequent offence* ». Le choix du législateur d'utiliser les programmes de conformité de manière *ex-post* pour diminuer ou augmenter la peine est curieux. En effet, par cohérence avec la politique du Bureau de la concurrence et de tout organisme public soucieux de voir des programmes de conformité instaurés dans les entreprises, il serait préférable d'encourager les entreprises à se conformer à la loi en prenant explicitement en compte les efforts investis par l'entreprise pour la conformité au sein de sa communauté avant une infraction. Une simple réécriture du facteur *j*) suffirait :

¹³⁶ Dans ce sens, voir : *R. c. Pétroles Global inc.*, préc., note 114, p. 13.

j) l'adoption par l'organisation de mesures en vue de réduire la probabilité qu'une infraction soit commise avant toute accusation ou qu'elle commette d'autres infractions après une première condamnation.

L'analyse de l'honorable juge Tôth, de la Cour supérieure du Québec, dans la décision *Pétroles Global inc.*, lors de l'examen de l'article 718.21 C.cr., semble prendre en compte uniquement la situation après l'infraction en énonçant qu'« au moment des infractions, il n'y avait aucune politique particulière relativement à la Loi sur la concurrence chez Global »¹³⁷. 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 ». Par conséquent, le facteur *j)* reçoit une interprétation littérale puisque le juge tient compte de la réaction de l'entreprise après le dépôt des accusations.

Le facteur *j)* traite de mesures qui doivent réduire la probabilité que l'infraction soit commise. Le standard est alors celui de la probabilité que survienne une infraction et non celui du moyen mis en place pour l'empêcher. Si un programme de conformité crédible et efficace peut permettre d'y parvenir, l'efficacité serait jugée dans le cadre du facteur *j)* uniquement à l'aune de son impact sur la probabilité qu'une infraction survienne. Seul le résultat compte et non l'évaluation des moyens utilisés. De plus, il est question de réduire la probabilité d'infraction et non de supprimer toute infraction. Si ceci est logique puisque l'on se situe dans le contexte où le juge fixe la peine et qu'il y a alors eu une infraction, cela démontre, comme d'autres arguments présentés plus haut, qu'en matière de conformité, l'efficacité du programme ne suppose pas l'absence totale d'infractions et plaide pour voir dans les programmes de conformité une obligation de moyens.

En jurisprudence, les quelques décisions faisant application de l'article 718.21 C.cr. démontrent des éléments intéressants¹³⁸. La principale décision ayant appliqué le facteur *j)* est la décision ontarienne *Maple Lodge*¹³⁹. Il s'agissait d'un cas de maltraitance animale. Le tribunal a tenu compte, pour réduire l'amende, des mesures prises par la compagnie pour éviter que d'autres infractions surviennent à l'avenir. Une autre décision, émanant

¹³⁷ *Id.*, p. 14.

¹³⁸ Une des décisions les plus connues, mais qui ne faisait pas application du facteur *j)* est *R. c. Metron Construction Corp.*, [2013] O.J. No. 3909, 2013 ONCA 541 (Ont. C.A.).

¹³⁹ *R. v. Maple Lodge Farms*, [2014] O.J. No. 2085, par. 30.

de la Cour du Québec en 2008, est aussi intéressante. Dans cette décision, le juge prend en compte les dépenses en sécurité faites par l'entreprise pour prévenir les accidents et réduit la peine en fonction de ces sommes¹⁴⁰. Il s'agit d'une application intelligente du facteur *j*) puisqu'elle est à la fois juste pour l'entreprise condamnée et qu'elle incite les autres entreprises à investir dans les programmes de conformité¹⁴¹.

2. Le paragraphe 732.1(3.1) C.cr.: l'ordonnance sur la mise en place d'un programme de conformité

Le paragraphe 732.1(3.1) C.cr. est l'une des nouveautés apportées par le projet de loi C-45. Il permet notamment d'ordonner à l'entreprise condamnée de prendre des mesures de conformité :

Conditions facultatives — organisations

(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 de conditions facultatives: le juge n'est pas obligé de faire usage de cette disposition. Néanmoins, en droit de la concurrence et en matière de conformité, son usage est fortement recommandé. La cohérence avec le

¹⁴⁰ R. c. *Transpavé inc.*, (2008) CanLII 1598 (QC CQ), par. 21 et 24.

¹⁴¹ R. c. *Metron*, préc., note 138.

bulletin du Bureau de la concurrence impose théoriquement à la sphère judiciaire de prendre acte des préoccupations de la sphère régulatrice en donnant vie aux dispositions prévues par la sphère légale et administrative incarnée par le paragraphe 732.1(3.1) C.cr.¹⁴². Il est intéressant de constater que le Bureau de la concurrence a finalement repris les mêmes principes de conformité que le paragraphe 732.1(3.1) C.cr.: élaborer une politique visant à réduire les risques par la direction¹⁴³, informer les agents du contenu de cette politique¹⁴⁴ et rendre compte de son application¹⁴⁵. Les philosophies du législateur et du régulateur se rejoignent.

La première décision ayant fait application de cette disposition est une décision albertainne de la Cour du banc de la Reine en 2011. La décision *R. c. Niko Ressources Ltd.*¹⁴⁶ avait pour sujet la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*¹⁴⁷. À la suite d'un plaidoyer de culpabilité de Niko, la Cour lui a imposé de prendre une série de mesures afin de s'assurer que des problèmes de corruption d'agents publics ne se reproduisent pas. Ces mesures ressemblaient beaucoup aux exigences fixées par le Bureau de la concurrence pour établir un programme de conformité crédible et efficace. Par exemple, les membres de la direction devaient montrer l'exemple, l'entreprise devait évaluer les risques de corruption et identifier le personnel susceptible de se trouver impliqué dans ce type d'infraction afin de le former, des directives claires et écrites devaient être transmises aux employés, des sanctions disciplinaires devaient être prévues en cas de corruption, les représailles contre les délateurs devaient être évitées, etc. Ce type d'ordonnance a été pris dans le même domaine de la corruption dans la décision *Griffiths Energy* de 2013¹⁴⁸.

La décision *Maple lodge* est un exemple plus récent de l'ordonnance de probation en matière de conformité¹⁴⁹. Cette décision est intéressante en

¹⁴² Nous renvoyons le lecteur à la boucle de conformité présentée, p. 734.

¹⁴³ Bulletin, préc., note 19, par. 4.1.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 4.3.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 4.5.

¹⁴⁶ *R v. Niko Ressources Ltd.*, 2011 CarswellAlta 2521 (ABQB) (WC). Pour des commentaires sur cette décision, voir : Paul BLYSCHAK, « Corporate Foreign Corrupt Practices And Director Liability », (2014) 51:3 *Alberta Law Review* 555.

¹⁴⁷ *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.C. 1998, c. 34.

¹⁴⁸ *R v. Griffiths Energy International*, [2013] AJ No. 412 (ABQB).

¹⁴⁹ Norm KEITH, *Corporate Crime, Accountability and Social Responsibility in Canada*, Toronto, LexisNexis Canada, 2016, p. 352 et suiv.

droit de la concurrence car elle met en jeu une obligation légale, une infraction criminelle (maltraitance animale) engageant la responsabilité de l'entreprise et un organisme public de régulation. On y retrouve les mêmes éléments contextuels que dans un litige en droit de la concurrence.

Il faut citer le paragraphe 732.1(3.2), qui permet au tribunal de demander à un organisme administratif de superviser l'élaboration et l'application des normes, règles et lignes directrices mentionnées au paragraphe (3.1)*b*). Le Bureau de la concurrence peut très bien jouer ce rôle: cela pourra garantir la mise en œuvre d'un programme crédible et efficace.

*
* *

Notre étude ne vise pas à donner un blanc-seing aux entreprises pour enfreindre le droit de la concurrence. Il s'agit plutôt d'un appel à la réflexion sur le rapport qu'entretiennent le droit de la concurrence et le droit pénal des affaires, mais, plus largement, le droit économique et la conformité. Comme l'observe Amissi M. Manirabona à ce sujet, «il n'est pas économiquement rationnel d'investir dans une initiative qui ne servira à rien dans la minimisation des coûts et l'accroissement des profits», «[e]n écartant de «récompenser» la diligence, le droit criminel bloque les incitatifs aux entreprises pour entreprendre des efforts de prévention et de détection de la criminalité en leur sein»¹⁵⁰.

Comme nous l'avons observé, les éléments de droit positif permettant de prendre en compte l'effort sincère d'une entreprise pour se conformer à la loi sont limités. Si l'article 22.2 C.cr. ouvre une brèche à son paragraphe *c*), elle demeure timide. Seul le SPPC, en faisant usage de son pouvoir discrétionnaire dans la poursuite, pourrait de manière informelle prendre en compte les efforts de conformité d'une entreprise. La juridicité des programmes de conformité étant une condition pour que les entreprises investissent dans ce domaine, ces quelques pistes d'ouverture à l'égard des programmes de conformité ne seront pas suffisantes. Il est regrettable que les programmes de conformité ne soient pris en compte qu'à la fin de la procédure criminelle quand vient le temps de fixer une peine ou de proposer une mesure de probation incluant la mise en place de mesures de conformité.

¹⁵⁰ A. M. MANIRABONA, préc., note 32, p. 5.

Toute la difficulté réside dans le fait que les infractions au droit de la concurrence sont des infractions de *mens rea* subjectives. Nous suggérons que le législateur s'interroge sur le rôle du droit criminel dans le domaine économique afin de se demander quel doit être l'objectif de la répression dans ce milieu, et si la société gagne plus à sanctionner les infractions économiques ou à les prévenir. Toutefois, il apparaît que le droit de la concurrence est un domaine à part dans le droit économique, où il est difficile de plaider pour une vision préventive des infractions. La jurisprudence n'a de cesse de rappeler que les cartels sont des infractions d'une extrême gravité pour la société, assimilables à du vol. Pour ces raisons, la compatibilité entre la prévention et la sanction, et entre la conformité et la responsabilité criminelle ne se fait que part un durcissement des sanctions pour inciter à la conformité à la Loi.

Après cette étude, nous faisons le constat que tout reste à écrire en matière de juridicité des programmes de conformité. Il apparaît alors que le droit de la concurrence pourra être un laboratoire intéressant pour la prise de décisions novatrices à ce sujet. L'époque étant à la *compliance*, souhaitons que les juges et le législateur prennent pleinement la mesure du phénomène pour encourager la conformité par le droit.

