

Droit pénal des affaires : augmentation des risques et des activités d'application de la loi

13 DÉCEMBRE 2021 17 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Droit pénal des affaires et enquêtes gouvernementales](#)

Auteurs(trice): [Emily Lynch](#), [Sarah Firestone](#), [Malcolm Aboud](#), [Lawrence E. Ritchie](#), [Stéphane Eljarrat](#), Stéphane Eljarrat, Frédéric Plamondon

Pour les entreprises, cette année a été marquée par une augmentation continue des risques de conformité liés à la pandémie mondiale de COVID-19. Les entreprises ont été confrontées à une augmentation des coûts de la conformité, ainsi qu'à des risques accrus de dommages-intérêts éventuels liés aux perturbations de la chaîne d'approvisionnement. En outre, ils ressentent de plus en plus les difficultés liées à l'exercice d'activités dans plusieurs territoires.

Les entreprises ont également dû se préparer et s'adapter aux modifications réglementaires. Des mises à jour importantes ont été apportées à la législation fédérale sur la lutte contre le blanchiment d'argent (LBC). D'autres initiatives réglementaires comprennent la proposition de mettre en œuvre un registre de propriétaires effectifs pour les sociétés canadiennes. Le travail de la Commission Cullen est en cours. Des mises à jour importantes ont également été apportées au régime canadien des accords de réparation. En outre, comme nous l'avons écrit dans notre article de blogue, [Global financial crime compliance costs are trending upwards. Is Canada catching up?](#) (en anglais seulement), le coût annuel moyen de la conformité à la législation en matière de criminalité financière a considérablement augmenté. Toutes ces questions auront des répercussions importantes sur les entreprises en 2022 et au-delà.

Les risques persistants liés à la pandémie de COVID-19

Comme nous l'avons écrit dans notre [Rétrospective de l'année juridique 2020](#), la pandémie de COVID-19 a accru les risques de conformité pour les entreprises et ces tendances se sont poursuivies en 2021.

Contrôle diligent en matière de chaîne d'approvisionnement

Comme nous l'avons évoqué dans notre article de blogue, [Corruption risk and the COVID-19 pandemic : Ensuring compliance in the era of the « new normal »](#) (en anglais seulement), en raison de la pandémie, les entreprises continuent de relever des défis de taille pour s'approvisionner. Même si les perturbations de la chaîne d'approvisionnement vont probablement continuer pendant un certain temps, leur gravité devrait diminuer au fur et à mesure que la pandémie se résorbera.

Néanmoins, même au-delà de la pandémie, il est essentiel pour les entreprises d'adhérer aux pratiques exemplaires et de maintenir des mesures de diligence et de conformité appropriées pour gérer les risques inhérents et toujours présents, telles que les possibilités de corruption ou d'activité illégale, associés aux chaînes d'approvisionnement mondiales. Les pressions créées par l'interruption de la chaîne d'approvisionnement rendent les entreprises

transfrontalières particulièrement vulnérables à la fraude et aux autres activités criminelles. De manière concomitante, les entreprises ont été contraintes de s'adapter aux exigences supplémentaires requises pour se conformer à la nouvelle réglementation. De plus amples informations quant aux problèmes possibles liés à la chaîne d'approvisionnement se trouvent dans notre article intitulé [Perturbations de la chaîne d'approvisionnement au cours de la pandémie de COVID-19](#).

Un certain nombre de développements juridiques et réglementaires clés continuent d'accroître la responsabilité potentielle des entreprises, notamment en ce qui a trait à la conformité de la chaîne d'approvisionnement :

- En mai 2021, le Canada a publié son nouveau modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (le [modèle d'APIE 2021](#)). Le modèle d'APIE 2021 vient compléter les dispositions précédentes à l'égard de la conduite responsable des entreprises (auparavant, « responsabilité sociale des entreprises ») et y inclut la promotion de normes reconnues à l'échelle internationale que les investisseurs sont encouragés à intégrer dans les accords d'investissement. Comme nous l'avons décrit dans notre article de blogue, [New Canadian foreign investment promotion and protection model expands responsible business conduct provisions](#) (en anglais seulement), bien qu'elles ne soient pas obligées de le faire, les parties qui adoptent le modèle sont encouragées à :
 - réaffirmer que les investisseurs et leurs investissements doivent se conformer aux lois et réglementations nationales de l'État d'accueil, notamment en ce qui a trait aux droits de la personne, aux droits des peuples autochtones, à l'égalité entre les sexes, à la protection de l'environnement et au travail
 - réaffirmer l'importance des normes internationalement reconnues en matière de conduite responsable des entreprises, notamment Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme
 - encourager les investisseurs à intégrer volontairement ces normes dans leurs pratiques commerciales et leurs politiques internes
 - encourager les investisseurs à s'engager et à dialoguer avec les peuples autochtones et les communautés locales
 - collaborer et faciliter les initiatives conjointes visant à promouvoir une conduite responsable des entreprises.
- La Cour suprême du Canada a [conclu](#) dans une décision rendue en 2020 que les entreprises canadiennes peuvent être tenues responsables au Canada des violations des droits de la personne commises à l'étranger, même si elles sont commises par des filiales indirectes (voir notre [bulletin d'actualités Osler](#)).

Cette importance accrue accordée aux droits de la personne et aux obligations commerciales éthiques au Canada est conforme aux tendances mondiales en faveur d'une conduite responsable des affaires à l'échelle internationale. Par exemple, en juin 2021, l'Allemagne a adopté sa *Loi régissant les devoirs de contrôle diligent des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement*. Cette loi, qui devrait entrer en vigueur en janvier 2023, obligera les entreprises à signaler les violations internationales des droits de la personne et certains abus environnementaux au sein de leurs chaînes d'approvisionnement.

L'adoption de la loi allemande a fait suite à l'adoption par le Parlement européen, en

mars 2021, d'une proposition de [directive](#) sur l'obligation d'un contrôle diligent visant à intégrer la durabilité dans les stratégies commerciales à long terme, qui devrait entrer en vigueur vers la fin 2022 ou au début de 2023. Elle vise notamment à lutter contre les atteintes à l'environnement et au travail dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises et comprend de nouvelles règles de contrôle diligent pour obliger les entreprises à intégrer des critères de durabilité dans leur processus décisionnel. Ces mesures font suite à l'annonce par l'Union européenne (UE), en décembre 2020, de l'introduction d'un nouveau régime de sanctions mondiales, comme nous l'avons évoqué dans [New Canadian foreign investment promotion and protection model expands responsible business conduct provisions](#) (en anglais seulement). Le nouveau régime permettrait à l'UE de cibler les personnes, les entités et les organismes, à la fois étatiques et non étatiques, impliqués dans de graves violations des droits de la personne dans le monde entier, quel que soit le lieu où elles se produisent.

En raison des risques accrus en matière de conformité créés par les perturbations de la chaîne d'approvisionnement et de l'accent accru mis sur les droits de la personne et les obligations commerciales éthiques au Canada et à l'étranger, il est essentiel que les entreprises effectuent une vérification diligente exhaustive de leurs fournisseurs et de leurs contractants. Les organisations doivent comprendre avec qui elles font des affaires à toutes les étapes de la chaîne d'approvisionnement. Il est également conseillé aux entreprises de mettre en œuvre des mécanismes de surveillance appropriés dans le cadre des relations existantes avec les fournisseurs.

Responsabilité des personnes morales à l'égard de leurs mandataires

Compte tenu des réalités de la pandémie, lorsque les fournisseurs ne sont pas en mesure de sécuriser les stocks ou de remplir leurs fonctions dans la chaîne d'approvisionnement, ils font appel à des mandataires pour les aider dans leurs activités nationales ou internationales. Dans ce contexte, il est essentiel que les entreprises comprennent qu'elles peuvent être tenues pénalement responsables non seulement des actes de leurs employés, mais aussi de ceux de leurs mandataires.

Les entreprises peuvent être tenues pénalement responsables des actes de leurs contractants, fournisseurs, distributeurs ou d'autres parties contractantes en vertu de la législation fédérale telle que le *Code criminel* ou la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*. La responsabilité pénale peut être potentiellement engagée lorsque des dirigeants d'entreprise ont connaissance d'actes illégaux, dont la corruption, la fraude, le blanchiment d'argent, la violation de sanctions et d'autres crimes économiques, ou ferment les yeux sur ces actes commis par des mandataires, des employés ou des parties contractantes.

Il incombe aux entreprises de s'assurer que leurs mandataires agissent en conformité avec les lois applicables. Compte tenu des risques accrus découlant des effets de la pandémie de COVID-19 sur les chaînes d'approvisionnement, il est plus important que jamais que la direction commence par donner le ton en prenant des mesures proactives pour s'assurer qu'un engagement envers la conformité s'étende à l'ensemble de l'organisation. Cela inclut non seulement les dirigeants, les administrateurs et les employés de l'organisation, mais aussi toutes les autres personnes agissant en son nom. Les pratiques exemplaires consistent à mettre en place des politiques de conformité adéquates et à dispenser une formation en la matière aux employés et aux mandataires. En outre, les entreprises sont bien avisées d'obtenir des déclarations et des garanties appropriées dans les ententes conclues avec des mandataires, des fournisseurs et d'autres parties contractantes.

Risques liés à l'exercice d'activités dans plusieurs territoires

Étant donné les risques liés au déplacement des activités internationales pendant la pandémie et des nouveaux défis présentés par des sources de criminalité de plus en plus sophistiquées, il est important que les entreprises reconnaissent les risques uniques associés aux enquêtes dans un contexte transfrontalier. Les enquêtes multiterritoriales étant plus courantes, il est essentiel que les entreprises qui sont la cible de telles enquêtes comprennent comment traiter efficacement avec les organismes de réglementation étrangers et les autres autorités.

Les entreprises qui font l'objet d'enquêtes multiterritoriales doivent réfléchir à la meilleure façon d'aborder les autorités étrangères pour protéger leurs intérêts. Par exemple, il peut s'avérer nécessaire d'examiner si une résolution mondiale est possible, surtout lorsqu'il n'est pas certain que les autorités coordonneront leurs efforts avec leurs homologues d'autres territoires. En outre, il est judicieux de faire appel à un avocat connaissant la culture et la réglementation locales du territoire concerné, car les différences culturelles et les barrières linguistiques peuvent entraver le processus d'enquête. Il est essentiel pour les entreprises visées par de telles enquêtes d'examiner si les lois de plusieurs territoires peuvent s'appliquer et s'il est possible que ces lois soient incompatibles ou puissent entrer en conflit les unes avec les autres. Lorsqu'une autorité réglementaire étrangère émet une demande de renseignements auprès d'une entreprise faisant l'objet d'une enquête, certaines exigences juridiques en matière de protection des renseignements personnels et de droit constitutionnel pourraient entrer en jeu dans plus d'un territoire.

Il peut être essentiel, entre autres, d'examiner l'application des lois sur la protection des données et des renseignements personnels quant aux données recherchées par les autorités étrangères, tant au sein du territoire où la cible est située que dans celui où l'enquête est menée. L'une ou l'autre peut imposer des restrictions au transfert de données au-delà des frontières. Par exemple, le *Règlement général sur la protection des données (RGPD)* de l'UE impose certaines limites au transfert et au traitement des données vers un pays tiers, à l'extérieur de l'UE, dans le but de divulguer des documents à une autorité étrangère.

En outre, les entreprises canadiennes qui se font signifier une citation à comparaître ou une ordonnance de communication d'un État étranger peuvent se trouver dans l'impossibilité d'invoquer les exemptions aux exigences de la loi prévoyant des obligations de protection des renseignements personnels et de confidentialité pour éviter d'être contraint de divulguer. En particulier, si le moyen utilisé pour demander la communication n'a pas de force contraignante au Canada et qu'aucune ordonnance canadienne correspondante n'est demandée, il est possible que la société ne puisse pas bénéficier des exemptions aux exigences de la loi. À titre d'illustration, les organismes de réglementation des valeurs mobilières des États-Unis peuvent demander la communication d'informations à une société canadienne dont les titres sont cotés sur des bourses américaines. Les risques associés à ces types de demandes ont augmenté à la suite des modifications apportées à la *Bank Secrecy Act* aux États-Unis, qui ont conféré des pouvoirs accrus aux agences gouvernementales américaines en matière d'assignation à divulguer des informations auprès d'institutions financières étrangères si la banque étrangère maintient un compte correspondant aux États-Unis. Dans un tel cas, l'entreprise visée peut se trouver contrainte dans sa capacité à se conformer aux demandes de divulgation d'une autorité étrangère, tout en essayant de respecter les exigences de protection des données applicables dans son territoire d'origine.

Évolution en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

Comme nous l'avons écrit [l'année dernière](#), l'attention du public à l'égard des enjeux portant sur le droit pénal des affaires s'est particulièrement portée, ces dernières années, sur le

blanchiment d'argent. Des développements notables en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ont eu lieu au Canada en 2021.

Modifications de la LRPCFAT

Comme nous l'avons écrit dans notre article de blogue, [Is Canada rising to the challenge? Responding to calls for more effective financial crime prevention and enforcement](#) (en anglais seulement), des modifications importantes à la [Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes](#) (les modifications) sont entrées en vigueur le 1^{er} juin 2021. Prises ensemble, ces modifications entraînent un remaniement important du paysage réglementaire de la lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes au Canada. Ces changements comprennent, entre autres, des obligations de déclaration de la propriété effective, de nouvelles obligations en matière de monnaie virtuelle, des méthodes d'identification dans les procédures de connaissance du client, ainsi que des modifications à la tenue de documents et à la déclaration. Vous trouverez de plus amples renseignements dans [notre guide des modifications](#).

Registre de propriétaires effectifs

Comme nous l'avons écrit dans notre article de blogue, [Canada's budget introduces long-awaited beneficial ownership registry to combat money laundering](#) (en anglais seulement) et discuté dans notre article intitulé [Une année décisive en matière d'application de la loi sur les marchés financiers](#), dans son [Budget annuel](#) publié le 19 avril 2021 (le budget), le gouvernement du Canada a annoncé le financement de la mise en œuvre d'un registre de propriétaires effectifs pour les sociétés canadiennes. Le budget proposait de fournir 2,1 millions de dollars sur deux ans à Innovation, Sciences et Développement économique Canada pour élaborer et mettre en œuvre un registre de propriétaires effectifs des entreprises qui sera accessible au public d'ici 2025. Le nouveau registre vise à mieux « intercepter ceux qui tentent de blanchir de l'argent, se soustraient à l'impôt ou commettent d'autres crimes financiers complexes ». Bien que le parlement fédéral ait été dissous lors des élections de 2021, il est probable que le parlement nouvellement élu adopte des mesures similaires.

L'établissement d'un registre de propriétaires effectifs représenterait un pas de plus pour le Canada vers une approche fondée sur le risque en matière de conformité à la LBC, conforme à l'approche adoptée par plusieurs autres territoires, dont le Royaume-Uni et les États-Unis.

Mise à jour sur la Commission Cullen

La Commission d'enquête sur le blanchiment d'argent en Colombie-Britannique (la Commission Cullen), qui a été créée en mai 2019, a poursuivi ses travaux tout au long de l'année 2021.

La Commission Cullen, dirigée par le juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique Allen Cullen, a pour mandat d'enquêter sur le blanchiment d'argent en Colombie-Britannique et d'en faire rapport. Plus précisément, la Commission Cullen est chargée de déterminer où et comment se fait le blanchiment d'argent et pourquoi on lui a permis d'avoir lieu, s'il peut être évité et, le cas échéant, la façon de le faire. Les travaux de la Commission Cullen se poursuivent et les participants ont présenté leurs conclusions en octobre 2021. Les recommandations de la Commission, qui seront probablement publiées en 2022, devraient avoir un impact important sur l'approche réglementaire de la lutte contre le blanchiment d'argent au Canada à l'avenir. Pour en savoir plus sur la Commission Cullen, consultez notre

Mise en application et mise à jour des accords de réparation

En particulier, une nouvelle tentative de conclure un accord de réparation a été annoncée en 2021. Le 23 septembre 2021, la GRC a annoncé des accusations de fraude contre deux divisions de SNC-Lavalin et deux de ses dirigeants en lien avec le projet du pont Jacques-Cartier à Montréal. Simultanément, le Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP) du Québec a annoncé que SNC-Lavalin était invitée à entamer des négociations en vue de conclure un accord de réparation.

Le régime canadien des accords de poursuite suspendue (APS), appelé au Canada accords de réparation, est entré en vigueur le 19 septembre 2018. Un APS, ou accord de réparation, est un accord conclu entre un procureur et une entreprise accusée d'avoir commis des crimes économiques. Les conséquences d'un APS consistent à suspendre la poursuite en cours et à inviter l'entreprise à prendre parallèlement des engagements précis qu'elle doit honorer afin d'éviter de faire face à de potentielles accusations criminelles. Ces engagements comprennent souvent des amendes, des mesures correctives, des exigences accrues en matière de production de rapports, ainsi que la possibilité d'un contrôle par un tiers indépendant des techniques de conformité des entreprises. Une fois que la société faisant l'objet de l'accusation a respecté les conditions de l'APS, les accusations sont abandonnées. Cet outil a été activement utilisé pour réduire le comportement criminel des entreprises dans d'autres territoires tels que le Royaume-Uni et les États-Unis. Pour plus de renseignements sur les accords de réparation, veuillez consulter nos articles de blogue sur [osler.com](#), [World bank debar German company for thirteen months](#) (en anglais seulement), [Deferred Prosecution Agreements \(DPAs\) come into force in Canada](#) (en anglais seulement) et [Les accords de poursuite suspendue du Canada ne sont toujours pas appliqués](#).

Jusqu'à présent, ce nouvel outil a été peu utilisé. La négociation d'un accord de réparation représente une étape importante pour le régime, qui est susceptible de devenir un élément important, à l'avenir, du cadre d'application en matière de poursuite de la criminalité économique au Canada.

Conclusion

À l'approche de l'année 2022, alors que les entreprises continuent de faire face aux risques accrus de conformité liés à la pandémie, nous prévoyons la poursuite de l'intensification des activités d'application de la loi et des initiatives réglementaires visant à lutter contre les crimes économiques. Dans ce contexte, il est crucial pour les entreprises de maintenir un engagement manifeste en matière de conformité à la législation.