

Avons-nous besoin des *deferred prosecution* *agreements* au Canada ?

*Amissi M. MANIRABONA** **

**Do We Need Deferred Prosecution
Agreements in Canada?**

¿Necesitamos los *deferred prosecution agreements* en Canadá?

**Precisamos Realmente de Acordos de Persecução
Diferida no Canadá?**

加拿大真的需要暂缓起诉协议吗?

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal (melchiade.manirabona@umontreal.ca). L'auteur aimerait remercier les Éditions Thémis pour lui avoir accordé la bourse Bohémier qui a rendu possible la recension de la littérature utilisée dans ce texte ainsi que la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour le financement ayant servi à l'organisation du séminaire au cours duquel les principales idées reprises ici ont été discutées. Il souhaite également remercier les deux évaluateurs externes pour leurs riches commentaires qui ont contribué à rehausser la qualité de ce texte. Il remercie finalement ses assistantes de recherche Sophie Lefebvre et Kawther Kedir qui ont aidé à synthétiser la documentation utilisée dans ce texte et à réorganiser les notes et les références.

** Peu avant la publication de cet article, l'auteur a appris le lancement, par le gouvernement canadien, d'un processus de consultation en vue de l'adoption des « accords de poursuite suspendue ». Voir CANADA, « Consultation sur les accords de poursuite suspendue : Élargir la trousse d'outils du Canada afin d'éliminer les actes répréhensibles des entreprises », en ligne : <<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ar-cw/differee-deferred-fra.html>> (consulté le 27 octobre 2017). L'auteur se réjouit de cette initiative et espère que les propositions qu'il a faites vont être considérées.

Résumé

L'auteur de cet article discute de l'opportunité d'adopter des accords de poursuites différées (APD) en droit criminel canadien. Après avoir défini la notion d'APD, il présente les avantages et les inconvénients de l'adoption de ces mécanismes. Ensuite, le texte esquisse quelques arguments visant à favoriser l'adoption de ces mécanismes tout en tenant compte de la spécificité du système de justice canadien. Au final, il se dégage de l'analyse que, même si les APD constituent des mécanismes susceptibles de modifier certains principes encadrant la justice criminelle, les inconvénients sont loin de dépasser les avantages. Étant donné la rareté des poursuites à l'encontre des auteurs d'infractions économiques, d'une part, et, d'autre part, la prolifération de ce genre d'infractions due au phénomène de la mondialisation, une solution de rechange par rapport aux poursuites classiques semble s'imposer. Le Canada a tout à gagner à adopter les solutions qui se sont avérées performantes dans la lutte contre la criminalité économique ailleurs dans le monde.

Resumen

El autor discute la conveniencia de adoptar Acuerdos de Enjuiciamiento Diferido (DPA por sus siglas en inglés) en el derecho criminal canadiense. Después de definir el concepto de los DPA, él presenta las ventajas y desventajas de adoptar estos mecanismos. A continuación, el texto esboza algunos argumentos con miras a favorecer la adopción de estos mecanismos teniendo en cuenta la particularidad del sistema de justicia canadiense. Para terminar, del análisis se deduce que, in-

Abstract

The author discusses the desirability of adopting deferred prosecution agreements (DPA) in Canadian criminal law. Following the definition of the concept of DPA, the advantages and disadvantages of adopting these mechanisms are presented. In addition, the paper outlines some arguments to encourage the adoption of these mechanisms while taking into account the specificity of the Canadian criminal justice system. Ultimately, it emerges from the analysis that while the DPA is a mechanism that modifies some criminal justice principles, its benefits are far greater than the disadvantages. Given the scarcity of cases involving corporate offenders on the one hand, and the proliferation of economic crimes due to the globalization, an alternative solution to the current practice is very much needed. Canada has much to gain from embracing solutions that have proven to be effective in fighting white-collar crimes in other countries.

Resumo

O autor deste artigo discute a oportunidade de adotar os Acordos de Persecução Diferida (APD) no direito criminal canadiense. Tendo definido a noção de APD, apresenta as vantagens e inconvenientes da adoção desses mecanismos. Na sequência, o texto destaca alguns argumentos favoráveis à adoção destes mecanismos levando em conta as especificidades do sistema de justiça canadiense. Ao final, depreende-se da análise que, embora os APD constituam mecanismos

cluso si estos acuerdos constituyen mecanismos susceptibles de modificar algunos principios de la justicia criminal, los inconvenientes están lejos de superar los beneficios. Dada la escasez de casos de procesamiento a los autores de delitos económicos, por una parte, y de otra parte, la proliferación de esa clase de infracciones debido al fenómeno de la globalización, una solución alternativa a los procesamientos clásicos parece imponerse. Canadá tiene todo para ganar al adoptar soluciones que han demostrado ser efectivas en la lucha contra la criminalidad de cuello blanco en otras partes del mundo.

suscetíveis de modificar certos princípios que enquadram a justiça criminal, os inconvenientes são de longe menores que as vantagens. Dada a raridade de persecução contra os autores de infrações econômicas, de um lado, e, de outro, a proliferação desse tipo de infração devida ao fenômeno da globalização, parece impor-se uma solução alternativa em relação à persecução clássica. O Canadá tem tudo a ganhar em experimentar soluções que se revelaram efetivas na luta contra a criminalidade econômica em outras partes do mundo.

摘要

本文作者探讨了加拿大刑法上的暂缓起诉协议。作者首先界定了暂缓起诉协议的概念，分析了这一机制的优缺点。其次，文章从加拿大司法体系的特点出发，提出了几点支持这一机制的论据。最后，作者从分析中得出结论，尽管暂缓起诉协议的机制可能改变部分刑事司法原则，其好处远远超过其弊端。一方面，针对经济类犯罪的追诉不多，另一方面，全球化又使得这类犯罪增多，相较于当前的做法，一种替代性解决方案势在必行。加拿大可以从其他国家打击经济类犯罪的有效解决方案中受益匪浅。

Plan de l'article

Introduction	657
I. Présentation et raison d'être des APD	661
A. Présentation.....	661
1. Notion d'APD.....	661
2. Avantages des APD	663
3. Critiques à l'encontre des APD.....	665
B. Raison d'être des APD	672
1. Nécessité d'élargir les mesures de rechange pour mieux s'attaquer à la criminalité économique.....	672
2. Besoin d'adapter le droit criminel à la dynamique de la mondialisation	675
3. Considération des difficultés liées à la nature particulière des contrevenants personnes morales	676
II. Défis à relever lors du processus d'adoption des APD au Canada	677
A. Détermination du législateur compétent.....	677
B. Limitation des APD à certaines infractions économiques	680
C. Détermination des destinataires des APD	681
D. Élaboration d'une grille de critères permettant d'envisager un APD.....	684
E. Supervision du processus de négociation des APD.....	685
F. Publication des APD	688
Conclusion	690

Les *deferred prosecution agreements* (accords de poursuites différées, ci-après APD) sont des ententes entre les autorités de poursuite et les entreprises soupçonnées d'avoir commis des crimes économiques. Il s'agit donc des contrats négociés entre les autorités de poursuite et les mis en cause en vertu desquels les poursuites sont suspendues contre une liste de conditions à observer.¹ Suivant ces accords, les entreprises paient des pénalités et s'engagent à corriger les irrégularités en échange de la suspension des poursuites criminelles pour un temps limité. Il ne s'agit pas de plaidoyers de culpabilité, dans la mesure où les défendeurs n'endossent pas la responsabilité². Cela signifie que les autorités n'abandonnent pas définitivement l'option de poursuivre pénalement les mis en cause. Au contraire, les APD placent les défendeurs sous observation pour une période de temps déterminée et reportent la décision de poursuivre en attendant un avis à propos de la mise en oeuvre ou non des termes et conditions de l'entente. En permettant aux justiciables d'éviter des inconvénients liés à une condamnation criminelle³, les APD mettent en oeuvre le principe de réinsertion en matière de justice criminelle tout en renforçant le dispositif de prévention de la criminalité au sein des entreprises.

Le recours aux APD repose sur des fondements juridiques solides. On estime, entre autres, que la complexité des crimes économiques fait en sorte que l'État ne soit plus le seul organe capable de les prévenir par la détection et les poursuites. En effet, étant donné la difficulté qu'ont les autorités publiques à détecter les crimes économiques commis au sein des entreprises⁴, l'efficacité de la justice pénale repose grandement sur la coopération des justiciables dans la prévention des violations. Selon Sarker, un nouveau modèle de régulation s'impose étant donné que le modèle traditionnel du commandement et du contrôle se satisfait d'une conformité

¹ Wilson MEEKS, « Corporate and White-Collar Crime Enforcement: Should Regulation and Rehabilitation Spell an End to Corporate Criminal Liability? », (2006) 40 *Colum. J. L. & Soc. Probs.* 77, 80.

² En effet, le plaidoyer de culpabilité est une entente entre les représentants de l'autorité publique et l'accusé qui accepte de plaider coupable aux accusations afin de bénéficier de la réduction de la peine. L'accusé peut aussi plaider coupable à des accusations réduites.

³ Il s'agit notamment de la perte de licences, de permis, de marchés, de la valeur, etc.

⁴ En effet, l'État a des limites dans sa capacité d'agir étant donné qu'il n'intervient généralement pas dans ce qui relève de la vie privée. Voir : David GARLAND, « The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society », (1996) 36(4) *British Journal of Criminology* 445, 453.

minimale aux standards réglementaires sans motiver les entreprises à une amélioration continue de leurs pratiques⁵. La nouvelle forme de régulation, encore appelée corégulation (*compliance* ou conformité), fait donc la promotion de la confiance entre les entreprises et les autorités réglementaires. Cette confiance est nécessaire afin que les justiciables perçoivent la légitimité de la loi et, par conséquent, la respectent⁶. Par la coopération qu'ils visent à promouvoir, les APD assureraient donc la légitimité du droit criminel⁷. Un droit criminel considéré comme illégitime engendre des résistances et des contournements par les justiciables. La lutte contre la criminalité économique moderne exige donc que les autorités de poursuite intéressent les acteurs privés à travers une communauté d'intérêts. Ainsi, les gouvernements étendent et améliorent l'autorité de contrôle et de prévention de la criminalité à travers l'implication des acteurs privés⁸.

Les APD constituent des mécanismes efficaces afin de régler une affaire par des moyens alternatifs plutôt que par le processus traditionnel de punition imposée par un juge à la suite d'un verdict de culpabilité, même s'ils impliquent de nouvelles obligations à la charge des entreprises comme le paiement d'une pénalité monétaire ou d'une indemnisation ainsi que la restitution aux victimes⁹. Ils sont une pratique courante aux États-Unis depuis plusieurs années. Tout a commencé au début du 20^e siècle lorsqu'on a décidé d'instaurer des mesures semblables aux APD en matière de justice pénale pour les personnes vulnérables, dont les adolescents¹⁰. Ces mesures étaient considérées comme un bon moyen de réhabiliter les délinquants ayant des difficultés particulières en leur offrant un programme de

⁵ Tapan K. SARKER, «Voluntary Codes of Conduct and their Implementation in the Australian Mining and Petroleum Industries: is there a Business Case for CSR?», (2013) 2 *Asian J Bus Ethics* 205, 206.

⁶ Tom TYLER, «Reducing Corporate Criminality: The Role of Values», (2014) *Am. Crim L. Rev.* 267.

⁷ *Id.*

⁸ David GARLAND, «Governmentality and the Problem of Crime», (1997) 1(1) *Theoretical Criminology* 188, 196.

⁹ Kathleen F. BRICKEY, «Perspectives on Corporate Criminal Liability», *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Washington University Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 12-01-02, 2012, en ligne: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1980346> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁰ Kristie XIAN, «The Price of Justice: Deferred Prosecution Agreements in the Context of Iranian Sanctions», (2014) 28 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 631, 642.

redressement à suivre en échange de l'abandon des poursuites¹¹. Cela était considéré comme une voie de rechange efficace par rapport aux effets négatifs découlant d'une condamnation criminelle afin de favoriser une rapide réinsertion sociale. Ce n'est que vers les années 1990 que ces mécanismes ont été étendus aux entreprises. Si, au départ, ces mécanismes n'ont suscité que peu d'engouement, ils sont devenus depuis le début des années 2000 un outil populaire et employé volontiers par les procureurs américains dans de nombreuses situations de criminalité en col blanc¹².

La popularité des APD aux États-Unis¹³ a produit des impacts globaux notamment au Royaume-Uni où ils ont finalement été adoptés en 2014. La France a aussi adopté ce modèle de régulation avec la récente promulgation de la Loi Sapin 2¹⁴. Pour sa part, le gouvernement australien a récemment engagé une consultation publique¹⁵ visant à recevoir des propositions en vue de l'adoption des APD dans ce pays. Au Canada cependant, rien n'a encore été fait malgré les multiples appels du monde des affaires¹⁶ et de plusieurs praticiens du droit¹⁷. Dans un monde interconnecté où les entreprises

¹¹ Peter R. REILLY, « Justice Deferred is Justice Denied: We Must End Our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecutions », (2015) *BYU L. Rev.* 307, 314-315.

¹² David M. UHLMANN, « Deferred Prosecution and Non-prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability », (2013) *72 Md L. Rev.* 1295, 1307-1320.

¹³ P. R. REILLY, préc., note 11, 316: « from 2000 through 2004, the DOJ entered into an average of approximately four agreements per year [...] Starting in 2005, however, the number of agreements increased to an average of twenty-eight agreements per year, with peak years in 2007 (with thirty-nine filings), 2010 (with thirty-nine filings), and 2012 (with thirty-seven filings) ».

¹⁴ *Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, J.O. du 10 décembre 2016, article 22 ayant modifié les articles 41-1-2, 40-1 et 180-2 du Code de procédure pénale français.

¹⁵ AUSTRALIA (ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT), *Improving Enforcement options for serious corporate crime: Consideration of a Deferred Prosecution Agreements Scheme in Australia*, Public Consultation Paper, 16 march 2016, en ligne: <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁶ C'est le cas de la société SNC-Lavalin notamment. Voir: Jeff GRAY, « SNC-Lavalin calls for U.S.-style settlements amid corruption charges », *The Globe and Mail*, 19 février, 2015, en ligne: <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/the-law-page/snc-calls-for-us-style-settlements-amid-fraud-corruption-charges/article23098930/>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁷ INSTITUT DE RECHERCHE EN POLITIQUES PUBLIQUES, *Finding the Right Balance: Policies to Combat White-Collar Crime in Canada and Maintain the Integrity of Public Procurement*, IRPP

opèrent de plus en plus à l'échelle planétaire, l'absence d'APD au Canada met les entreprises d'ici dans une situation défavorable. En raison de leur large application aux États-Unis et au Royaume-Uni, le Canada ne devrait-il pas envisager leur adoption? En réalité, il existe des raisons convaincantes pour préserver une entreprise contre, notamment, les effets néfastes d'un procès criminel stigmatisant, long et trop coûteux. En outre, une société étant une fiction juridique qui ne peut commettre un crime sans faire appel à la conduite humaine, elle ne devrait pas être punie sévèrement comme un individu qui conçoit et commet le crime lui-même, sans provoquer des conséquences injustes pour ses activités et les intérêts des parties prenantes innocentes.

Cet article vise à discuter de la possibilité d'introduire les mécanismes d'APD au Canada. Il s'appuie sur les modèles des APD existants aux États-Unis et au Royaume-Uni et propose une réflexion favorable à l'adoption d'un mécanisme similaire au Canada mais qui tient compte du contexte juridique d'ici. Il est vrai qu'une partie de la doctrine se questionne sur l'opportunité d'adopter ce type de mécanismes au Canada¹⁸. Mais nous sommes de ceux qui considèrent que l'inefficacité¹⁹ du droit pénal écono-

Round Table Report, Mars 2016, en ligne: <http://irpp.org/fr/research-studies/report-2016-03-10/?mc_cid=2b964c7632&mc_eid=dadeea84d3> (consulté le 8 septembre 2017); Norm KEITH et Sam GOLDSTEIN, *DPA's and white collar compliance: A Canadian Perspective*, 2016, en ligne: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminaljustice/wccn_2016_keith.authcheckdam.pdf> (consulté le 8 septembre 2017); John MANLEY, « Canada needs new tools to fight corporate wrongdoing », *The Globe and Mail*, 29 mai 2015, en ligne: <<https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/canada-needs-new-tools-to-fight-corporate-wrongdoing/article24675411/>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁸ Stephen SCHNEIDER, « Deferred prosecution won't put a dent in corporate crime », *The Globe and Mail*, 2 juin 2015, en ligne: <<https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/deferred-prosecution-wont-put-a-dent-in-corporate-crime/article24758293/>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁹ Steven BITTLE et Lauren SNIDER, « Moral Panics Deflected: The Failed Legislative Response to Canada's Safety Crimes and Market Fraud », (2011) 56(4) *Crime, Law and Social Change* 373; Steven BITTLE et Lauren SNIDER, « Law, Regulation and Safety Crime: Exploring the Boundaries of Criminalizing Powerful Corporate Actors » (2015) 30 *Canadian Journal of Law and Society* 445; Harry J. GLASBEEK, « Des cibles manquées : le projet de loi C-45 – Reformuler le *statu quo* pour maintenir le *statu quo* », dans Katherine LIPPEL, Gabrielle ST-HILAIRE et Steven BITTLE (dir.), *La responsabilité criminelle des entreprises en matière de santé et sécurité du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 17-41; Steven BITTLE, « Sévir contre la criminalité des entreprises? La disparition de la responsabilité criminelle des personnes morales au Canada » dans Katherine

mique actuel qui, par ailleurs, ne cesse de se complexifier en raison de la mondialisation des échanges, rend de plus en plus pressante la nécessité d'adopter ces mécanismes innovants. Dans la mesure où le bilan des poursuites criminelles traditionnelles au Canada reste insignifiant, le Canada a tout intérêt à adopter les solutions qui se sont avérées performantes dans la lutte contre la criminalité économique à l'étranger.

Ainsi, après avoir défini la notion d'accords de poursuites différées, cet article discute des avantages et des inconvénients de ces mécanismes. Ensuite, le texte esquisse quelques arguments visant à favoriser l'adoption de ces mécanismes tout en tenant compte de la nature du système pénal canadien.

I. Présentation et raison d'être des APD

Nous présenterons la notion d'APD (A) avant de discuter de sa raison d'être (B).

A. Présentation

1. Notion d'APD

Comme nous l'avons vu dans l'introduction, les APD sont des ententes négociées entre les parties à la procédure pénale pour arrêter conditionnellement les poursuites à la suite de l'implication dans la commission d'un crime par une entreprise ou son dirigeant. Les APD constituent donc une solution intermédiaire entre l'abandon des poursuites et l'engagement d'un procès ou l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité²⁰. Habituellement, comme le souligne le professeur Reilly, les APD contiennent plusieurs clauses²¹. Si certaines de ces clauses peuvent varier d'un accord à

LIPPEL, Gabrielle ST-HILAIRE et Steven BITTLE (dir.), *La responsabilité criminelle des entreprises en matière de santé et sécurité du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 83-115.

²⁰ P. R. REILLY, préc., note 11, 312.

²¹ Voir : *id.*, 313 : « In most agreements, the company agrees (1) to an admission of wrongdoing; (2) to cooperate with the government and disclose all relevant facts in ongoing investigations, including those in which corporate agents and employees might be a target; (3) to pay monetary fines and penalties; (4) to put into place (or bolster existing) compliance programs; (5) to implement a self-monitoring program in order to ensure adherence to various provisions of the agreement, or to retain an external

l'autre, il y en a cependant qui reviennent fréquemment. Il s'agit, entre autres, de l'admission de certains faits, l'engagement de payer des pénalités, l'acceptation de la mise en place des mécanismes de conformité, la possibilité de reprise des poursuites en cas d'échec dans la mise en œuvre des termes de l'entente par l'entreprise fautive et l'instauration d'un mécanisme de surveillance²². Il est également fréquent que les procureurs imposent au défendeur l'obligation de divulguer des renseignements dont il a connaissance afin d'étayer les faits de l'affaire ainsi que celle de fournir des éléments de preuve en lien avec l'implication possible des employés et autres individus.

À la fin du processus, si les entreprises ont bien exécuté les obligations contenues dans les APD, la suspension des poursuites devient définitive. Cela veut dire que les entreprises visées n'auront plus à craindre les conséquences judiciaires liées au comportement en question. Dans le cas contraire, conformément aux clauses de l'accord, les poursuites criminelles sont reprises de plus belle par les procureurs²³.

monitor that ensures adherence thereto; (6) to agree to a waiver of the statute of limitations, as well as the right to a speedy trial; and (7) to agree to a provision stating (a) that if the company breaches the agreement, it will then be subject to prosecution, and (b) that the agreement's statement of facts (including admission of guilt) will be admissible».

²² Connor BILDFELL, « Justice Deferred? Why and How Canada Should Embrace Deferred Prosecution Agreements in Corporate Criminal Cases », (2016) *Can. Crim. L. R.* 161, 165.

²³ Toutefois, les procureurs américains ont une grande flexibilité. Même en cas de non respect des clauses d'un APD par une entreprise, celle-ci peut obtenir une deuxième chance. Voir: Richard L. CASSIN, « DOJ: Biomet breached DPA », 16 juin 2016, en ligne: <<http://www.fcpablog.com/blog/2016/6/16/doj-biomet-breached-dpa.html>> (consulté le 8 septembre 2017). Un tel jeu n'est pas souhaitable dans un possible régime canadien d'APD. Mais à l'instar de ce qu'a fait le Royaume-Uni, il importe qu'il y ait au Canada un organe indépendant qui détermine l'existence du non respect des clauses d'un APD. Au Royaume-Uni toujours, l'entreprise concernée a le droit d'être informée à l'avance sur ce qui est considéré comme un bris de conditions et de pouvoir s'expliquer dans un certain délai. Mais le poursuivant a le dernier mot pour déterminer l'existence du manquement aux obligations de l'APD. Voir: SERIOUS FRAUD OFFICE, *Deferred Prosecution Agreement – SFO v Rolls Royce PLC*, 17 janvier 2017, en ligne: <<https://www.sfo.gov.uk/cases/rolls-royce-plc/>> (consulté le 8 septembre 2017).

2. Avantages des APD

À l'état actuel du droit criminel canadien, ni les procureurs de la poursuite, ni les entreprises n'ont d'incitatifs pour judiciariser les dossiers relatifs à la criminalité économique. D'une part, les procureurs ont de la difficulté à recueillir de la preuve suffisante compte tenu de la complexité de la criminalité économique. D'autre part, les entreprises ont peur de livrer aux poursuivants les indices de leur culpabilité sans s'assurer du contrôle de l'utilisation subséquente de ces informations. Les mécanismes d'APD offrent une solution intermédiaire en assurant la coopération des entreprises sans craindre des poursuites éventuelles ou des procès. En mettant à contribution les entreprises dans la lutte contre la criminalité, les APD permettent aussi de régler le problème de complexité des enquêtes visant à détecter les crimes et de renforcer ainsi les services de poursuite²⁴. En effet, ce sont les entreprises qui connaissent, mieux que la police, leur organisation et fonctionnement internes et, donc, sont bien placées pour détecter et prévenir les crimes en leur sein. Cela permet à ces entreprises de gagner du temps, d'économiser de l'argent, d'éviter une condamnation, de sauvegarder leur réputation, d'éviter l'inconnu découlant du processus criminel, de protéger les tiers (employés, fournisseurs et autres parties prenantes)²⁵ et de préserver leur capacité à faire des affaires²⁶.

Par ailleurs, les APD peuvent permettre d'instaurer une culture du respect de la loi par l'imposition des réformes et le suivi de la conduite des affaires de l'entreprise aux frais de celle-ci²⁷. Les APD peuvent aussi permettre de collecter des sommes importantes d'argent contribuant non seulement à punir efficacement le contrevenant, mais aussi à restituer les biens aux victimes ou à les indemniser²⁸.

²⁴ AUSTRALIA (ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT), préc., note 15, p. 9.

²⁵ P. R. REILLY, préc., note 11, 320. Cela étant dit, il est possible d'avancer un contre-argument selon lequel les activités criminelles d'une entreprise peuvent indirectement profiter à ces tiers. En effet, on peut imaginer des cas où sans les activités criminelles de l'entreprise, les tiers seraient privés de plusieurs avantages. Toutefois, ces seuls exemples ne sauraient suffire pour conclure à la privation des APD aux entreprises à moins que toutes les activités de celles-ci reposent sur le crime.

²⁶ En effet, une condamnation criminelle peut provoquer des conséquences collatérales néfastes comme la suspension de permis et autres autorisations, l'interdiction de participer à certains marchés et même la radiation de l'entreprise.

²⁷ Court E. GOLUMBIC et Albert D. LICHY, « The "Too Big to Jail" Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy », (2014) 65 *Hastings L.J.* 1293, 1315.

²⁸ *Id.*

Selon la doctrine, les APD permettent aux poursuivants d'obtenir des gains équivalents, ou même supérieurs, à ceux qu'ils auraient obtenus en cas de condamnation, et ce, sans utiliser beaucoup de moyens et de temps²⁹. En effet, en réglant au plus vite les affaires complexes de criminalité économique par le biais des APD, le gouvernement peut montrer au public qu'il est capable de punir les grandes entreprises dans un laps de temps raisonnable³⁰. En raison de l'incertitude et de l'ampleur de l'activité des entreprises, la preuve de la criminalité en leur sein est, en effet, difficile à faire. De même, il n'existe pas, au Canada, de mécanisme solide de *whistle-blowing* susceptible de mettre au jour la criminalité au sein des entreprises³¹. Dans la perspective d'un APD, le gouvernement économise les moyens financiers pour finalement les affecter aux autres dossiers. Il sauve par ailleurs la face en imposant partiellement son point de vue au lieu de risquer un acquittement au bout du procès³².

L'absence de contrôle judiciaire de l'APD est considérée comme un avantage pour les services de poursuite, car ces derniers peuvent opérer librement au lieu d'être ralentis par un tribunal. Cela rend l'APD efficace même si certains peuvent craindre des abus³³. Toutefois, comme nous allons le voir, au Royaume-Uni, la loi accorde une place importante au juge dans la validation initiale de l'opportunité d'un APD et dans l'approbation finale des clauses de l'entente. C'est le modèle américain d'APD qui n'est soumis à aucune orientation du Congrès ni au contrôle judiciaire, laissant libre cours au vaste pouvoir discrétionnaire des procureurs de la poursuite.

Enfin, comme le soutient Bildfell, bien qu'ils ne donnent pas lieu aux peines imposées à la suite d'un procès, les APD servent bon nombre d'objectifs pénologiques visés par l'article 718 du *Code criminel* du Canada. En

²⁹ P. R. REILLY, préc., note 11, 316.

³⁰ C. BILDFELL, préc., note 22, 186.

³¹ Le récent mécanisme adopté en Ontario ne va pas aussi loin que celui existant aux États-Unis alors que le régime québécois annoncé récemment par l'Autorité des marchés financiers est encore moins attrayant, principalement en raison de l'absence de récompense pour les dénonciateurs. Voir: Amissi MANIRABONA, « Renforcer l'auto-dénonciation pour dissuader la criminalité des entreprises: l'exemple de la dénonciation éthique », dans Julie DESROSIERS et al., *Réformer le droit criminel au Canada: Défis et possibilités*, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 133. Voir aussi: Stéphane Rousseau dans ce numéro (p. 571).

³² N. KEITH et S. GOLDSTEIN, préc., note 17; J. MANLEY, préc., note 17, p. 7.

³³ C. BILDFELL, préc., note 22, 187.

effet, un APD peut prévoir la restitution aux victimes, créer un équilibre entre sanctionner une entreprise et éviter les dommages envers les tiers, et empêcher des actes répréhensibles récurrents en imposant des réformes visant la prévention des crimes au sein de l'entreprise³⁴. Bien que, dans un sens, la société reconnaisse un degré de culpabilité plus faible³⁵, comparativement à un plaidoyer de culpabilité formel, le régime des APD sert tout de même les principes de rétribution, qui veulent que la punition imposée corresponde à la gravité de l'infraction. En cas de publication de l'APD, l'entreprise est, en quelque sorte, humiliée publiquement, car sa conduite illégale est dénoncée³⁶.

3. Critiques à l'encontre des APD

La principale critique est celle qui considère que les APD constituent un « achat » de la justice par les entreprises³⁷ au mépris du principe de l'égalité de tous devant la loi. Selon Uhlmann, le recours aux APD altère le rôle du système de justice criminelle en donnant l'impression que les entreprises peuvent l'« acheter »³⁸. Cela cultiverait aussi une certaine ambivalence à propos de la ligne de démarcation entre ce qui est interdit et ce qui ne l'est pas :

When criminal violations occur but are ignored or addressed by non-criminal alternatives, we obscure the line that the criminal law draws between acceptable and unacceptable behavior. When we do not condemn criminal behavior in

³⁴ *Id.*, 167.

³⁵ La commission des valeurs mobilières et de l'investissement de l'Australie a estimé que l'APA devrait contenir, entre autres, une reconnaissance de la responsabilité criminelle. Selon la Commission, une telle reconnaissance serait l'indication de remords de la part de l'entreprise et la conclusion d'un APD serait capable de servir de mesure dissuasive additionnelle pour éviter des violations à l'avenir. Voir : AUSTRALIAN SECURITIES AND INVESTMENTS COMMISSION, *Consideration of a Deferred Prosecution Agreements scheme in Australia: Submission by ASIC in response to Public Consultation Paper*, en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

³⁶ C. BILDFELL, préc., note 22, 168.

³⁷ Paul PEACHEY, « Justice for sale: Big companies could soon escape prosecution for corporate corruption – by paying their way out », *Independent*, 24 juillet 2015, en ligne : <<http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/justice-for-sale-big-companies-could-soon-escape-prosecution-for-corporate-corruption-by-paying-10414792.html>> (consulté le 8 septembre 2017).

³⁸ D. M. UHLMANN, préc., note 12, p. 1341.

the strongest possible terms, we risk minimizing or, worse, condoning lawlessness.³⁹

Il faut tout de même dire que les crimes admissibles pour les APD ne sont pas moins répugnants que ceux non admissibles. Tout ce qu'on avance est qu'il y a des raisons d'intérêt public qui militent en faveur de ces mesures de rechange.

Un institut de promotion de l'état de droit en Australie a estimé que les APD porteraient sérieusement atteinte à l'équité et à l'intégrité du système de justice criminelle en créant un fossé entre les justiciables accusés d'infractions en col blanc – déjà cyniquement connues comme étant de « bons crimes » – et ceux qui sont accusés d'autres infractions : si les crimes en col blanc sont tout aussi condamnables que d'autres crimes, alors ils devraient être traités de la même façon⁴⁰. Dans le même sens, Nemesis Project pense que les APD constituent un autre moyen pour les entreprises puissantes d'éviter des poursuites criminelles et de se placer au-dessus de la loi⁴¹. Finalement, les APD se moqueraient du système de justice criminelle en faisant la promotion de l'injustice, de la discrimination et d'abus de pouvoir et en compromettant la poursuite de la justice et la consistance de la règle de droit⁴².

Il est également reproché aux APD de limiter le potentiel punitif et dissuasif des autorités d'application de la loi pénale et d'annihiler ainsi la réprobation sociale qui devrait s'attacher à toute condamnation pénale⁴³. Or, traditionnellement, il est connu que l'accusation formelle et la condamnation qui en résulte constituent des moyens de dissuasion importants en matière de criminalité en col blanc⁴⁴. Mais selon Bildfell, l'effet de dissuasion plus faible attaché aux APD par rapport à un plaidoyer de culpabilité ou une condamnation complète ne serait pas nécessairement

³⁹ David M. UHLMANN, « The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution », (2016) 49 *UC Davis L. Rev.* 1235, 1242-1243.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ NEMESIS PROJECT, *Deferred Prosecution Agreements are no solution to corporate crime, submission to the attorney general's discussion paper on deferred prosecution agreements*, en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁴² *Id.*

⁴³ D. M. UHLMANN, préc., note 12, p. 1302.

⁴⁴ Peter J. HENNING, « Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation » (2009) 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1417, 1420.

mauvais. Il serait même voulu, étant donné que le délinquant ne doit être dissuadé que de façon proportionnée⁴⁵.

Par ailleurs, d'après Nemesis Project, il n'y a pas de preuve démontrant que les APD ont un effet dissuasif⁴⁶. Mokhiber considère même que la prolifération des APD représenterait une victoire des grandes entreprises qui, pendant des décennies, auraient cherché à affaiblir ou éliminer le régime de responsabilité pénale qui leur est applicable⁴⁷.

Un risque d'opacité judiciaire est également craint dans la mesure où les négociations entre l'accusation et la société ne sont pas publiques⁴⁸. Mais cette critique est à relativiser, du moins dans le contexte de common law où le public n'a pas accès aux négociations entre les procureurs de la poursuite et les avocats de la défense. On estime par ailleurs que les APD risquent d'éroder les protections les plus élémentaires accordées par le droit pénal en érigeant le procureur en juge et jury, portant ainsi atteinte au principe de séparation des pouvoirs⁴⁹. Les APD sont ainsi considérés comme conférant un pouvoir disproportionné aux poursuivants, allant même au-delà du pouvoir qu'ils ont en matière de plaidoyers de culpabilité⁵⁰. Un auteur s'est par exemple interrogé sur le caractère raisonnable d'une poursuite criminelle qui, au final, aboutit aux sanctions civiles draconiennes comme la radiation, la perte de permis, etc.⁵¹. Ces sanctions non criminelles donneraient un pouvoir immense au poursuivant sur les compagnies, entre autres les plus petites ou celles qui n'ont pas un monopole de production/distribution sur des services ou des biens essentiels⁵².

⁴⁵ C. BILDFELL, préc., note 22, 169.

⁴⁶ NEMESIS PROJECT, préc., note 41.

⁴⁷ Russell MOKHIBER, « Speech Delivered at the National Press Club: Crime without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements, Corporate Crime Reporter », 28 décembre 2005, en ligne : <<http://www.corporatecrimereporter.com/deferredreport.htm>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁴⁸ C. BILDFELL, préc., note 22, 190.

⁴⁹ Richard A. EPSTEIN, « The Deferred Prosecution Racket », *The Wall Street Journal*, 28 novembre 2006, en ligne : <<http://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁵⁰ Voir des exemples dans : James M. ANDERSON et Ivan WAGGONER, *The Changing Role of the Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, Santa Monica (É.-U.), Rand, 2014, p. 62-63.

⁵¹ P. R. REILLY, préc., note 11, 322.

⁵² Elizabeth K. AINSLIE, « Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution » (2006) 43 *Am. Crim. L. Rev.* 107, 110 et 118.

Néanmoins, il sied de souligner qu'il n'est pas inhabituel que des sanctions criminelles s'accompagnent des ordonnances d'interdiction semblables aux sanctions civiles ou administratives⁵³.

Des critiques ont été émises, selon lesquelles les APD ne prévoient pas un contrôle judiciaire de leur mise en œuvre ou de toute violation alléguée alors qu'ils imposent aux entreprises fautives des obligations de coopération permanente⁵⁴. Mais cette critique n'est valable que pour le cas des États-Unis. En effet, au Royaume-Uni, un juge intervient dès le début du processus de négociation des APD jusqu'à leur conclusion. En Australie, il est également suggéré que les futurs APD donnent aux tribunaux un rôle à jouer afin de préserver la confiance du public dans un processus qui peut être source de débats et de controverses. L'implication du juge serait notamment nécessaire au moment de la prise de la décision de ne pas tenter de poursuites (basée sur le critère de l'intérêt public), de la détermination des clauses appropriées (incluant des pénalités monétaires) et lors du constat d'une possible violation⁵⁵. Pour la Commission des valeurs mobilières de l'Australie, bien que l'implication des tribunaux puisse équivaloir à du temps additionnel ou donner lieu à plus d'incertitudes, les bénéfices (transparence et confiance du public) surpassent largement de telles préoccupations⁵⁶.

Une certaine crainte exprimée veut qu'il y aurait aussi un problème de discrimination étant donné que ces ententes seraient surtout accordées aux grosses compagnies locales et non aux entreprises étrangères ou celles qui sont de petite ou moyenne taille⁵⁷. Dès lors, la culpabilité ou l'innocence de l'entreprise risquerait de ne pas reposer sur des principes juridiques clairs et objectifs mais plutôt sur son origine, sa taille et son importance⁵⁸.

Par ailleurs, les pénalités reliées aux APD peuvent souvent être plus grandes et disproportionnées que celles qui découlent d'une condamna-

⁵³ Voir par exemple : *Code criminel*, art. 732.1(3.1).

⁵⁴ Brandon L. GARRETT, « Structural Reform Prosecution », (2007) 93 *Virginia Law Review* 853, 857.

⁵⁵ AUSTRALIAN SECURITIES AND INVESTMENTS COMMISSION, préc., note 35.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ D. M. UHLMANN, préc., note 12, p. 1327.

⁵⁸ Cela comporte le risque que de grandes entreprises s'embourbent dans la criminalité dans l'espoir de bénéficier des mesures de rechange. Bien que les poursuivants jouissent d'une grande discrétion, une telle pratique pourrait être considérée comme illégale au Canada.

tion traditionnelle⁵⁹. Dès lors, des questions peuvent se poser quant à savoir si les APD offrent réellement aux entreprises des incitatifs suffisants pour procéder à l'auto-dénonciation. En d'autres mots, il pourrait arriver que des entreprises refusent l'offre d'APD par crainte que les conditions proposées par le procureur donnent lieu à des peines supérieures à celles imposées à la suite d'une condamnation⁶⁰. Mais cette idée ne tient pas la route, car les entreprises préfèrent de loin une situation réglée rapidement par rapport à celle qui dure longtemps et qui les place dans une longue période d'incertitude. Comme le soutient le professeur Epstein, une poursuite criminelle est tellement terrifiante pour les entreprises qu'elles sont prêtes à accepter des pénalités plus lourdes en matière d'APD au lieu d'une condamnation criminelle⁶¹. Dans ce sens, il est fort possible que les entreprises acceptent de conclure des APD même en cas de doutes sur leur culpabilité en raison de la crainte relativement aux conséquences économiques liées à une éventuelle mise en accusation.

L'auteur Bildfell émet l'opinion selon laquelle, à bien des égards, l'APD n'est pas vraiment un choix, mais une nécessité pour éviter plus de dommages dans la mesure où les sociétés sont à la merci du pouvoir de négociation de la poursuite⁶². Toutefois, cette situation ne devrait pas être dramatisée outre mesure étant donné que même dans le processus normal de plaider de culpabilité, les choix stratégiques volontaires ou « imposés » existent.

⁵⁹ À titre d'exemple, l'APD négocié avec Bristol-Myers Squibb concernant une violation des Securities Law incluait l'obligation de dépenser 5 millions \$ pour créer une chaire de recherche en éthique des affaires à Seton Hall Law School – l'Université où le procureur en charge du dossier avait fait ses études. Voir Jennifer ARLEN, « Removing Prosecutors from the Boardroom. Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms », dans Anthony S. BARKOW et Rachel E. BARKOW (dir.), *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York and London, New York University Press, 2011, p. 67. Pour sa part, l'APD conclu avec Wal-Mart concernant la bousculade mortelle ayant eu lieu dans ses magasins à la fin de l'année 2008 incluait non seulement des compensations pour les victimes mais aussi des bourses importantes aux montants de 1,5 millions \$ (au Nassau County's Youth Board) et de 300 000 \$ (au United Way's Youth Build Program).

⁶⁰ AUSTRALIA (ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT), préc., note 15. Voir : Richard A. EPSTEIN, « Contingent Commissions in Insurance: A Legal and Economic Analysis », (2007) 3 *Competition Policy International* 281, cité dans : J. M. ANDERSON et I. WAGGONER, préc., note 50, p. 60-61.

⁶¹ R. A. EPSTEIN, préc., note 49, p. 41.

⁶² C. BILDFELL, préc., note 22, 176-177.

Dans le même ordre d'idées, une entreprise peut être hésitante à l'idée de négocier un APD car le procureur qui invite à négocier garde l'option, à la fin des négociations, de lancer une poursuite sur la base des éléments de preuve divulgués⁶³. Étant donné que la poursuite peut à tout moment se retirer unilatéralement des négociations et procéder ensuite à une procédure criminelle régulière en se servant de ces informations, cela lui accorde un effet de levier capable de forcer les entreprises à céder aux exigences énormes des procureurs⁶⁴. À ce sujet, l'Association du Barreau international, qui a soumis un mémoire dans le cadre du processus de consultation sur une possible adoption des APD en Australie, a proposé qu'en cas d'échec d'un APD, les divulgations déjà faites par l'entreprise ne devraient pas servir à son encontre dans les procédures judiciaires subséquentes, que ce soit au criminel ou au civil⁶⁵. Le cabinet King & Wood est du même avis car permettre une telle utilisation d'informations divulguées au cours des négociations non concluantes pourrait indûment mettre le poursuivant dans une position avantageuse au détriment de l'accusé⁶⁶. Pour le Conseil du droit australien, les sociétés devraient avoir le choix d'accepter un APD ou non, sans qu'une présomption défavorable en soit tirée en cas de refus⁶⁷. En cas de bris des conditions imposées par l'APD, le Conseil estime que le matériel partagé durant les négociations ne devrait être utilisé contre la société (et tout individu) que sur une base indirecte (dérivée) et pas comme une preuve directe dans les procédures subséquentes⁶⁸.

La firme KordaMentha estime pour sa part que le matériel divulgué durant les négociations ne devrait pas être disponible pour des procédures civiles ou criminelles concernant les faits originaux lorsque l'entreprise s'est conformée aux conditions et clauses de l'APD. Elle considère toute-

⁶³ AUSTRALIA (ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT), préc., note 15.

⁶⁴ C. BILDPELL, préc., note 22, 176, citant Ben Allen.

⁶⁵ AUSTRALIA (ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT), préc., note 15.

⁶⁶ KING & WOOD MALLESONS, *Submissions of King & Wood Mallesons Improving Enforcement Options for Serious Corporate Crime: Consideration of a Deferred Prosecution Agreements Scheme in Australia*, Public Consultation Paper, en ligne : <<https://www.ag.gov.au/Consultations/Documents/Deferred-prosecution-agreements/KWM.pdf>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁶⁷ LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, « Submission of Working Group on Foreign Corrupt Practices, Business Law Section of the Law Council of Australia », en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁶⁸ *Id.*

fois que ces informations devraient être disponibles pour des enquêtes et poursuites parallèles, particulièrement celles visant les individus⁶⁹. Par contre, lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu une violation significative d'un APD ou que le comportement criminel a continué ou est survenu de nouveau, le matériel divulgué durant les négociations devrait pouvoir être utilisé pour des procédures civiles ou criminelles concernant les faits originaux⁷⁰. Dans tous les cas, BHP considère qu'il serait nécessaire d'émettre, dès le départ, des lignes directrices sur l'utilisation qui pourrait être faite de ces informations émises pendant les négociations afin de rassurer les entreprises participantes⁷¹. Cette précision viserait à rendre le processus beaucoup plus transparent et prévisible, ce qui le rendrait légitime aux yeux des justiciables.

Par ailleurs, une partie de la doctrine trouve que certaines conditions insérées dans les APD dépassent les limites de l'acceptable⁷². Il en serait ainsi :

- (1) des conditions obligeant l'entreprise à prendre une position particulière dans un débat politique ;
- (2) des conditions exigeant le congédiement d'employés ;
- (3) des demandes de renonciation au privilège concernant la communication de documents rédigés dans le but de régler un litige ou le secret professionnel (avocat-client) ;
- (4) des conditions exigeant aux entreprises de ne pas payer les frais d'avocats de ses employés poursuivis.

⁶⁹ KORDAMENTHA FORENSIC, *Improving Enforcement Options for Serious Corporate Crime: Consideration of a Deferred Prosecution Agreements scheme in Australia*, Public Consultation Paper, 2 mai 2016, en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ BHP BILLITON, « Public Submission Australian Government, Attorney-General's Department », en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁷² R. A. EPSTEIN, préc., note 49, p. 41.

Nous croyons que ces clauses sont une exagération que les procureurs canadiens ne devraient pas se permettre d'imposer aux entreprises dans le cadre d'un éventuel APD.

En définitive, à l'instar de Bildfell, nous sommes d'avis que la plupart des critiques ne concernent pas le principe même de l'admission des APD. Elles ne visent que leur mise en œuvre qui serait inappropriée dans les circonstances. En outre, la grande majorité de ces critiques concerne la manière dont les APD sont mis en œuvre aux États-Unis. Si l'adoption des APD était envisagée au Canada, ces questions et bien d'autres devraient être soigneusement examinées afin d'avoir un modèle reflétant les valeurs et principes canadiens notamment le fédéralisme et les droits prévus par la Charte canadienne.

B. Raison d'être des APD

1. Nécessité d'élargir les mesures de rechange pour mieux s'attaquer à la criminalité économique

Au Canada, les mesures de déjudicialisation des infractions criminelles ne sont pas une pratique inconnue. En cas de criminalité ordinaire, ces programmes offrent des solutions de rechange aux poursuites criminelles notamment en cas d'infractions mineures commises par des personnes sans casier judiciaire, par celles présentant des problèmes de santé mentale ou encore par des adolescents. En ce qui concerne les infractions à caractère économique, soulignons l'exemple du Bureau de la concurrence (le Bureau) qui offre la possibilité d'immunité et de clémence afin de lutter efficacement contre les cartels criminels. Ces programmes donnent la chance au premier participant à l'infraction, autre que l'auteur principal, d'éviter totalement ou partiellement les sanctions en dénonçant une conduite criminelle dans laquelle il est impliqué. L'avantage de ces programmes est que « [l]es parties sont plus susceptibles de communiquer avec le Bureau, de coopérer et de plaider coupables (plutôt que de se défendre devant les tribunaux) si elles connaissent les facteurs pertinents à la clémence et si elles ont confiance que le Bureau les respectera dans ses recommandations [...] »⁷³.

⁷³ *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, par. 34.

Pour pouvoir bénéficier de l'immunité, une partie doit mettre fin à sa participation à l'activité illégale à laquelle elle a été forcée de s'associer. Cette partie doit aussi, tout au long de l'enquête du Bureau et de toute instance subséquente, assurer sans réserve, en temps opportun et de façon continue, son entière coopération, à ses frais⁷⁴.

En ce qui concerne le Programme de clémence, il s'agit d'un mécanisme complémentaire prévu pour les personnes qui ne sont pas admissibles au Programme d'immunité, notamment les auteurs principaux d'une infraction ou les personnes qui dénoient les violations après une première dénonciation. Concrètement, le programme de clémence vise les personnes morales ou physiques « qui s'engagent à coopérer après le moment où une autre partie a commencé à coopérer dans le cadre du Programme »⁷⁵. Le Bureau de la concurrence va alors émettre des recommandations au Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) afin de « reconnaître l'aide diligente et pertinente apportée par les demandeurs admissibles à une enquête du Bureau ou aux poursuites » dont les aveux et la collaboration précoces « peuvent fortement justifier un traitement de clémence au moment de la détermination de la peine »⁷⁶.

Certes, ces programmes constituent un progrès indéniable dans le dénouement alternatif de la criminalité en matière de cartels. Mais ils comportent des faiblesses non négligeables qui font qu'ils ne sont pas très

⁷⁴ CANADA (BUREAU DE LA CONCURRENCE), « Le Programme d'immunité et la *Loi sur la concurrence* », bulletin du 7 juin 2010, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03248.html>> (consulté le 8 septembre 2017), par. 14-18.

⁷⁵ *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, préc., note 73, par. 33-34.

⁷⁶ Comme exemples des avantages accordés, il y a le fait que « le premier demandeur de clémence peut obtenir une réduction de 50 pour cent de l'amende qui aurait par ailleurs été recommandée à condition de plaider coupable et d'offrir une coopération entière, franche, rapide et sincère ». De même, « le deuxième demandeur peut obtenir une réduction de 30 pour cent de l'amende que le Bureau aurait par ailleurs recommandée au SPPC, et que l'importance de la réduction du demandeur suivant dépendra, d'une part, du moment où celui-ci s'est adressé au Bureau par rapport au « deuxième demandeur et, d'autre part, de la diligence de sa coopération ». Voir : CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Programmes d'immunité et de clémence, Fiche de renseignements », 26 mars 2015, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03896.html>> (consulté le 8 septembre 2017); CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Le programme de clémence », bulletin du 29 septembre 2010, par. 12, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03288.html>> (consulté le 8 septembre 2017).

attractifs pour les entreprises. La première faiblesse est que, contrairement aux APD, ces programmes n'imposent pas aux entreprises l'instauration des programmes de conformité afin d'éviter d'autres violations de la loi. Une autre faiblesse découle du fait que les poursuivants et les juges ont l'option de respecter ou non les termes de l'entente entre les accusés et le Bureau⁷⁷. Enfin, le programme de clémence s'insère dans le processus de plaider de culpabilité, ce qui suppose que le processus est, dans tous les cas, clôturé par une condamnation⁷⁸.

L'autre domaine qui prévoit des mesures de rechange proches de l'APD est le domaine de l'environnement. À ce sujet, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* de 1999 (LCPE)⁷⁹ prévoit les MRPE (Mesures de rechange en matière de protection de l'environnement)⁸⁰. Selon Environnement Canada, les MRPE « permettent aux accusés, qu'il s'agisse d'une entreprise, d'un particulier ou d'une organisation gouvernementale, de ne pas avoir recours aux instances judiciaires après l'accusation de la personne »⁸¹. Il s'agit des ententes négociées « entre l'accusé(e) et le procureur général du Canada en consultation avec le ministre de l'Environnement » qui prévoient « des mesures que l'accusé(e) doit respecter en vue de se conformer aux dispositions » notamment :

- l'élaboration de mesures de prévention de pollution afin de réduire le rejet d'une substance toxique en vue de se conformer aux limites réglementées ;

⁷⁷ En vertu du paragraphe 5 de la Fiche de renseignements (*id.*), le SPPC garde une entière discrétion quant à l'acceptation ou au rejet des recommandations du Bureau à l'égard de la détermination de la peine. Quant au paragraphe 7, il prévoit que le juge a toute autorité de déterminer la peine appropriée sans égard à la proposition conjointe des parties.

⁷⁸ En effet, même s'il est dit qu'il « est dans l'intérêt public d'éviter les poursuites inutiles avec les coûts et les incertitudes qui en découlent », le paragraphe 6 du bulletin (CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Le programme de clémence », préc., note 76) apporte une nuance selon laquelle les parties doivent être « tenues pour responsables de leurs activités criminelles ».

⁷⁹ *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33, art. 295-309 (ci-après « LCPE »).

⁸⁰ ENVIRONNEMENT CANADA, « Mesures de rechange en matière de protection de l'environnement (MRPE) », en ligne : <<https://www.ec.gc.ca/lcpe-cepa/default.asp?lang=Fr&n=101A7C3C-1>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁸¹ *Id.*

- l'installation d'une meilleure technologie de contrôle de la pollution ou de meilleurs systèmes de surveillance;
- les changements apportés à la production afin de s'assurer que l'on se conforme aux exigences réglementaires;
- le nettoyage des dommages environnementaux.⁸²

À l'instar des APD, lorsque la personne visée remplit les conditions de l'entente de rechange, les accusations sont retirées. Même si la LCPE exclut ces ententes en cas d'infractions de *mens rea*⁸³, il s'agit d'un bon modèle auquel le législateur canadien pourrait se référer lors du processus d'adoption éventuelle des APD⁸⁴.

2. Besoin d'adapter le droit criminel à la dynamique de la mondialisation

Pendant longtemps, alors que l'économie n'a cessé de s'internationaliser, le droit pénal est quant à lui resté essentiellement confiné à la criminalité survenant à l'intérieur des territoires des États⁸⁵. Vu la prolifération de la criminalité économique transnationale, il est temps que les autorités favorisent davantage l'émergence d'un droit criminel caractérisé par une réelle portée extraterritoriale. Si le Canada reste étranger à la réalité des APD, il devra un jour malgré tout faire face à leurs implications juridiques, notamment les effets éventuels d'un APD conclu par une entreprise canadienne à la suite d'un crime survenu à l'étranger. Dans ce cas, la question

⁸² *Id.*

⁸³ LCPE, art. 295-309, art. 296(1)b).

⁸⁴ L'article 296(1)d) LCPE prévoit par exemple une liste de critères que la poursuite doit considérer pour déterminer si les mesures de rechange sont appropriées. Il s'agit, entre autres, de (i) l'intérêt de la société, notamment la protection de l'environnement et de la vie et de la santé humaines, (ii) les antécédents du suspect, (iii) la question de savoir si l'infraction constitue une récidive, (iv) toute tentative – passée ou actuelle – d'action contraire aux objets ou exigences de la loi, notamment toute allégation de dissimulation de renseignements, (v) le fait que des mesures préventives ou correctives ont été prises par le suspect – ou en son nom – à l'égard de l'infraction, ou leur absence totale.

⁸⁵ En 1985, dans l'arrêt *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, la Cour suprême a reconnu la nécessité d'étendre la portée du droit criminel afin de faire face à l'internationalisation croissante des activités criminelles. Toutefois, on n'a pas assisté à un réel changement de mentalités des autorités d'application de la loi, les affaires criminelles transnationales étant plutôt rares.

qui va se poser sera celle de savoir si une divulgation d'informations faite à l'étranger par une entreprise canadienne en lien avec un APD pourra produire des effets au Canada. Va-t-on accepter l'application du principe *ne bis in idem* en cas de pénalité payée par une entreprise à l'étranger pour les mêmes faits? À l'état actuel du droit canadien, une admission de la faute par une entreprise dans le cadre des APD au Royaume-Uni ou aux États-Unis peut aider les enquêteurs canadiens en vue de déposer des accusations à l'encontre de l'entreprise ou sa succursale au Canada.

Si le Canada adopte les APD, il pourra se joindre à un processus d'APD se déroulant à l'étranger dans un cas où son droit pénal serait également violé. À titre d'exemple, dans le premier cas d'APD réglé au Royaume-Uni, les autorités américaines y sont intervenues, estimant que leur droit avait aussi été violé⁸⁶. Elles ont ainsi imposé des pénalités et conditions additionnelles à l'entreprise fautive, ce qui s'est avéré bénéfique pour toutes les parties impliquées. Cela témoigne de la nécessité pour le Canada, le Royaume-Uni, les États-Unis et d'autres pays développés d'harmoniser leurs approches concernant le traitement des crimes économiques afin d'assurer que les entreprises ne soient pas poursuivies deux ou trois fois sur la base des mêmes allégations dans différentes juridictions. La collaboration transfrontalière des poursuivants, notamment dans le cadre du partage des informations sur les aspects transfrontaliers des APD, est primordiale pour éviter les cas d'injustice dans les procédures pénales à l'encontre des entreprises⁸⁷.

3. Considération des difficultés liées à la nature particulière des contrevenants personnes morales

Comme l'affirme le gouvernement australien, la nature opaque et sophistiquée de la criminalité des entreprises fait en sorte qu'elle peut être difficile à détecter. Cette forme de criminalité peut, à juste titre, poser des défis importants dans l'application de la loi par les agences qui emploient les modèles traditionnels d'enquête et de poursuite⁸⁸. La nature de plus en

⁸⁶ ROPES & GRAY, «Standard Bank PLC: First U.K. Deferred Prosecution Agreement and Settlement with the SEC», 6 janvier 2016, en ligne: <<https://www.ropesgray.com/newsroom/alerts/2016/January/Standard-Bank-PLC-First-UK-Deferred-Prosecution-Agreement-and-settlement-with-the-SEC.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

⁸⁷ C. BILDFELL, préc., note 22, 203.

⁸⁸ AUSTRALIA (ATTORNEY-GENERAL'S DEPARTMENT), préc., note 15.

plus transnationale de l'entreprise moderne a ajouté une couche supplémentaire de complexité, posant de nouveaux défis pour les enquêteurs.

Bien que le Canada ait un système juridique fonctionnel, les différents organes et agences de poursuite éprouvent des difficultés à détecter, enquêter et poursuivre les délinquants personnes morales⁸⁹. Par ailleurs, la complexité des infractions économiques commises par les entreprises rend la poursuite difficile, spécialement lorsque celles-ci possèdent de nombreuses ressources pour minimiser les risques de détection y compris par la dissimulation. Il peut aussi être difficile dans certains cas d'établir la responsabilité pénale des personnes morales étant donné que le degré de preuve hors de tout doute raisonnable requis en matière criminelle est très élevé. À ces difficultés s'ajoute la nécessité d'identifier les cadres supérieurs des entreprises dont les comportements sont à l'origine des infractions. Dès lors, il devient presque impossible pour les enquêteurs d'accéder aux éléments de preuve nécessaires aux poursuites en l'absence de mécanismes de dénonciation externe de la criminalité.

II. Défis à relever lors du processus d'adoption des APD au Canada

Cette partie porte sur quelques obstacles que les décideurs auront à surmonter lors du processus d'adoption des dispositions relatives aux APD au Canada. Ces difficultés ont trait à la détermination de l'organe législatif compétent (A), au choix des infractions (B) et des destinataires admissibles (C), à la détermination des critères qui vont guider les offres d'APD (D), à la supervision du processus (E) et à la publication des APD (F).

A. Détermination du législateur compétent

Dans cette section, il est question de préciser l'autorité législative potentiellement compétente pour réglementer les APD. Si on s'en tient au fait que nous préconisons les APD relativement aux infractions criminelles, le législateur fédéral serait le mieux indiqué pour adopter le droit applicable aux APD en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la *Loi constitutionnelle*

⁸⁹ OCDE, *Canada: Follow-up for the Phase 3 Report & Recommendations*, 14 mai 2013, en ligne: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/CanadaP3writtenfollowupreportEN.pdf>> (consulté le 8 septembre 2017).

de 1867⁹⁰. En effet, selon cette loi constitutionnelle, le Parlement a non seulement l'autorité nécessaire pour créer les infractions et fixer les peines mais aussi pour prévenir la récidive à travers, entre autres, les programmes relatifs aux mesures de rechange établis dans l'intérêt du délinquant et de la société⁹¹. Dans ce cas, le Parlement pourrait par exemple amender la partie du *Code criminel* portant sur la procédure et y inclure des dispositions relatives aux APD. Ainsi, par le biais de l'article 34(2) de la *Loi d'interprétation*⁹², les APD prévus au *Code criminel* vont pouvoir être appliqués aux infractions prévues par d'autres lois fédérales⁹³. Cela éviterait au législateur fédéral de légiférer à la pièce au moyen de dispositions spécifiques⁹⁴.

Cependant, il est aussi possible de considérer les APD comme une question d'administration de la justice⁹⁵. Dans ce cas, le législateur provincial serait compétent pour adopter la réglementation relative aux APD applicables même aux infractions criminelles⁹⁶. Cela peut facilement se faire par l'adoption d'une loi amendant la *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*⁹⁷. Si le législateur provincial le désire, il pourra en même temps préciser que les mécanismes d'APD sont aussi applicables aux infractions réglementaires à caractère économique (fiscalité, valeurs mobilières, environnement, etc). Pour renforcer cette deuxième option, le législateur provincial pourra procéder à un amendement du *Code de procédure pénale*⁹⁸ ou même y aller domaine par domaine.

⁹⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(27).

⁹¹ R. c. S. (S.), [1990] 2 R.C.S. 254.

⁹² *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

⁹³ Pour prévoir les APD applicables aux infractions fédérales autres que celles du *Code criminel*, le Parlement pourrait aussi amender la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 121.

⁹⁴ Mais rien n'empêche le législateur fédéral de procéder par l'adoption des lois spécifiques.

⁹⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 90, art. 92(14): « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir [...] L'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile dans ces tribunaux ».

⁹⁶ La délégation aux provinces de la mise en œuvre des programmes relatifs aux mesures de rechange a été jugée légitime et conforme au partage des pouvoirs. Voir: R. c. S. (S.), préc., note 91. Voir aussi: R. c. Hauser, [1979] 1 R.C.S. 984.

⁹⁷ *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, RLRQ, c. D-9.1.1.

⁹⁸ *Code de procédure pénale du Québec*, RLRQ, c. C-25.1.

Si la volonté politique y est, le Québec ne devrait pas avoir de difficultés à instaurer les APD étant donné qu'un mécanisme juridique semblable y existe déjà, malgré son statut temporaire. En effet, à la suite de la Commission Charbonneau qui a enquêté sur le scandale de la corruption ayant gangrené pendant des décennies le secteur de la construction au Québec, un programme de remboursement volontaire (PRV)⁹⁹ des fonds perçus illégalement lors de l'exécution des marchés publics par les entreprises a été créé. Comme son site Internet l'indique, le PRV vise à « faciliter la récupération des sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics »¹⁰⁰. Il reçoit et analyse « de façon impartiale les propositions de remboursement de la part d'entreprises qui auraient perçu des sommes en trop dans le cadre de contrats publics au cours des 20 dernières années »¹⁰¹. Il est admis que le PRV est basé sur le modèle de la justice participative « apparenté aux conférences de règlement à l'amiable »¹⁰².

La formule propose une solution « gagnant-gagnant » dans la mesure où, d'une part, « le gouvernement s'assure de la récupération plus rapide des sommes en cause, dans l'intérêt des contribuables québécois » et, d'autre part, la viabilité d'entreprises est assurée à travers un remboursement rapide de leur dû et une réforme de leur gouvernance¹⁰³. Le programme est administré par l'ancien juge en chef de la Cour supérieure François Rolland, qui est reconnu pour son attachement à l'accès à la justice. Créé en novembre 2015, le PRV a reçu des propositions pour se prévaloir du programme jusqu'au 1^{er} novembre 2016. À la fin du délai annoncé, le bureau avait reçu 6 manifestations d'intérêt de se prévaloir du programme de la part des entreprises dont certains gros joueurs comme SNC-Lavalin¹⁰⁴. Le processus de médiation se poursuit jusqu'au 1^{er} novembre 2017, date prévue pour soumettre les propositions de règlement au gouvernement. Même s'il est mentionné que le programme ne se substitue pas « aux poursuites de nature

⁹⁹ QUÉBEC, BUREAU DE L'ADMINISTRATEUR DU PROGRAMME DE REMBOURSEMENT VOLONTAIRE, « Message de l'administrateur du programme de remboursement volontaire », en ligne : <<https://www.prv.gouv.qc.ca/>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ Hugo JONCAS, « Corruption: CIMA+ veut rembourser », *Le Journal de Montréal*, 16 août 2016, en ligne : <<http://www.journaldemontreal.com/2016/08/16/corruptioncima-veut-rembourser>> (consulté le 7 septembre 2017).

pénale ou criminelle qui ont été ou qui pourraient être intentées»¹⁰⁵, il s'agit d'un modèle intéressant qui est très proche d'un APD. L'instauration rapide d'un mécanisme d'APD serait donc possible au Québec si le gouvernement de la province décidait de sa création. Du reste, sa création viendrait à point nommé dans la mesure où le rapport de la Commission Charbonneau a recommandé l'adoption des mécanismes semblables aux APD¹⁰⁶. De fait, on pourrait simplement réaménager le PRV et élargir sa compétence aux infractions criminelles commises au Canada ou à l'étranger. Il est vrai que les tribunaux n'ont pas encore examiné la validité constitutionnelle du PRV. Mais l'article 2 du *Code criminel* inclut, dans la définition du mot « procureur général », les procureurs provinciaux pour ce qui concerne les poursuites ou procédures impliquant les infractions issues de cette loi générale. Par conséquent, les procureurs provinciaux ont le pouvoir d'engager et arrêter les poursuites découlant du *Code criminel*¹⁰⁷. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence sur le sujet nous amène à penser que la levée d'une éventuelle incertitude sur la validité constitutionnelle de cette démarche pourrait exiger une autorisation du Parlement aux procureurs provinciaux quant au pouvoir de conclure les APD à la suite de la commission d'infractions criminelles¹⁰⁸ surtout lorsque ces dernières sont prévues par une loi autre que le *Code criminel*¹⁰⁹.

B. Limitation des APD à certaines infractions économiques

Nous avons déjà souligné le fait que les APD visent, entre autres, à éviter les conséquences néfastes des poursuites criminelles, notamment pour les tierces parties. Compte tenu de cet objectif particulier, les APD ne sont pas souhaitables pour tout genre d'infractions. Il y a une catégorie d'infractions économiques pour laquelle le recours aux APD est nécessaire et une autre pour laquelle la procédure ordinaire ne constitue pas un problème. Les APD devraient ainsi porter sur les infractions économiques de nature criminelle, qu'elles soient statutaires ou issues du *Code criminel*, à l'exclusion des infractions réglementaires. En effet, contrairement aux infrac-

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ QUÉBEC, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, Rapport final, 24 novembre 2015, Tome 3 – *Stratagèmes, causes, conséquences et recommandations*, p. 111.

¹⁰⁷ *Code criminel*, art. 579(1).

¹⁰⁸ *R. c. S. (S.)*, préc., note 91.

¹⁰⁹ *P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206.

tions de nature criminelle, les infractions réglementaires n'emportent pas de conséquences importantes en termes de stigmates et de sévérité de la peine. Les infractions criminelles sont plus stigmatisantes et les peines qui y sont rattachées sont généralement lourdes. Celles-ci peuvent donner lieu à des pénalités monétaires, ordonnances et autres sanctions administratives comme l'exclusion de participer aux offres publiques. Au Canada, les APD devraient être disponibles en cas d'infractions criminelles portant plus spécifiquement sur des matières économiques ou celles entraînant des préjudices économiques de grande envergure et dont les auteurs sont généralement des entreprises. À ce niveau, la distinction entre les actes criminels et les infractions de procédure sommaire n'est pas pertinente étant donné qu'il s'agit dans les deux cas du droit criminel.

Une liste d'infractions admissibles est par ailleurs nécessaire afin de baliser le pouvoir discrétionnaire des procureurs. À l'instar du Royaume-Uni, un régime canadien des APD devrait prévoir une liste d'infractions pour lesquelles un APD peut être conclu. Cependant, afin de faciliter le processus de révision ultérieure de la liste, nous convenons avec la Commission australienne des valeurs mobilières que cette liste a besoin d'être déterminée par règlement¹¹⁰. Comme l'affirme le Conseil du droit australien, un APD devrait être initialement permis pour des infractions économiques comme la corruption, le blanchissement d'argent sale, la fraude et les cartels. Par la suite, la liste serait étendue à quelques autres infractions économiques à la suite d'une évaluation ultérieure sur l'efficacité des APD¹¹¹.

Il s'avère important, par ailleurs, de déterminer si les APD devraient se limiter aux entreprises ou s'ils devraient s'appliquer à tout délinquant, y compris les personnes physiques.

C. Détermination des destinataires des APD

Tout comme Bildfell, nous croyons que les individus impliqués dans la criminalité en col blanc au nom d'une société ou en leur nom propre ne devraient pas bénéficier des APD; ils ne devraient pas offrir l'immunité à des individus ayant délibérément commis des crimes. En conséquence, seules les entreprises ont besoin d'être protégées contre les effets néfastes

¹¹⁰ AUSTRALIAN SECURITIES AND INVESTMENTS COMMISSION, préc., note 35.

¹¹¹ LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, préc., note 67.

de la pleine poursuite tandis que leurs employés et agents impliqués doivent individuellement être poursuivis¹¹². En effet, les APD doivent avoir pour objectif de protéger les entreprises en tant qu'entités collectives incapables d'agir d'elles-mêmes.

Dans ce sens, la firme Norton Rose soutient que les APD sont mal adaptés aux individus¹¹³ et que ces derniers jouissent déjà d'un certain nombre de protections dans le système pénal traditionnel¹¹⁴. Cette idée a également été reprise par Stuart Dignam de CPA Australia, pour qui le régime d'APD ne devrait pas compromettre l'attribution de la responsabilité criminelle et que le concept fondamental de la *mens rea* implique qu'un APD ne puisse être disponible qu'aux entreprises¹¹⁵.

À l'inverse, d'après le cabinet d'avocat King & Woods, qui a également participé aux consultations sur la possibilité d'adopter les APD en Australie, dans l'éventualité où un individu possède de l'information qui pourrait aider l'enquête, l'absence de possibilité de conclure un APD risquerait de décourager l'autodénonciation. En effet, étant donné que la culpabilité de la société est souvent entremêlée avec celle de ses dirigeants, employés et agents, l'efficacité d'un APD serait améliorée si ce dernier s'appliquait aussi aux individus¹¹⁶. Le Conseil du droit de l'Australie abonde dans le même sens en soutenant que d'un point de vue de politique publique, il n'y a pas de raison de distinguer la responsabilité individuelle de celle de l'entreprise. Pour le Conseil, dans la mesure du possible, le droit criminel devrait traiter les individus et les sociétés sur un pied d'égalité¹¹⁷. Tant

¹¹² C. BILDFELL, préc., note 22, 173-174.

¹¹³ Entres autres, il est avancé que l'auto-dénonciation par les individus irait en contradiction avec leur droit à ne pas s'auto-incriminer, que l'utilisation du contrôleur et le concept de conformité ne sont pas appropriés pour un délinquant individuel et que le rôle d'un APD est d'encourager les sociétés à aider les autorités à enquêter et poursuivre les individus.

¹¹⁴ NORTON ROSE FULBRIGHT, «Norton Rose Fulbright response to consultation paper Consideration of DPA scheme in Australia», 2 mai 2016, en ligne: <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹¹⁵ Voir: Stuart DIGNAM (correspondance), CPA Australia, 6 mai 2016, en ligne: <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹¹⁶ KING & WOOD MALLESONS, préc., note 66.

¹¹⁷ LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, préc., note 67.

qu'un individu démontre le remord et le désir de se réinsérer dans la société, cela devrait être assez pour lui permettre de négocier un APD¹¹⁸.

Une solution intermédiaire consisterait à accorder la possibilité de conclure un APD aux personnes physiques qui ne sont que complices des infractions. La Uniting Church australienne considère qu'un APD ne devrait pas être disponible aux individus qui sont les auteurs principaux du comportement criminel¹¹⁹. Cette approche rejoint ce que prévoit le droit canadien de la concurrence relativement à ceux qui peuvent se prévaloir du programme d'immunité¹²⁰. L'idée a aussi été avancée par certains autres organismes lors de la consultation sur l'opportunité d'adopter les APD en Australie. À titre d'exemple, selon l'Australian Tax Office, si on exclut les personnes physiques y compris les complices, il pourrait être très difficile d'obtenir la coopération des dirigeants d'entreprises¹²¹. Ces idées sont intéressantes et le Canada pourrait bien s'en inspirer. Il importe toutefois de préciser que la culpabilité morale du complice n'est pas toujours atténuée par rapport à celle de l'auteur réel. Il peut arriver qu'un complice instigateur soit le plus à blâmer en comparaison à la personne qui a effectivement réalisé l'acte matériel. D'ailleurs, en vertu du droit criminel canadien, le complice et l'auteur réel sont tous deux des participants à l'infraction¹²². Ils font, par principe, l'objet d'une condamnation identique et ne bénéficient d'aucune réduction de peine automatique l'un par rapport à l'autre¹²³. Chaque dossier doit donc être traité au cas par cas.

Quoi qu'il en soit, même si on décidait que les APD ne seront pas offerts aux individus, rien n'empêcherait les autorités compétentes de continuer d'accorder aux individus des immunités ou une réduction de la

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ UNITING CHURCH, « Submission of Uniting Church », en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017). Le même organisme considère qu'un groupe transnational d'entreprises impliquées dans la criminalité devrait avoir droit à un APD commun.

¹²⁰ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, « Programme d'immunité en vertu de la *Loi sur la concurrence* », bulletin du 4 août 2009, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03155.html>> (consulté le 27 octobre 2017).

¹²¹ AUSTRALIAN TAX OFFICE, « ATO Submission », 29 avril 2016, en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹²² *Code criminel*, art. 21(1).

¹²³ *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

peine ou des accusations en échange d'informations pertinentes quant à leur participation aux infractions¹²⁴.

Enfin, la *Uniting Church* considère qu'un APD ne devrait être disponible que dans les cas où le contrevenant a alerté les autorités quant à l'existence des actes criminels. Cela encouragerait à détecter rapidement tout comportement criminel et mènerait à conclure un APD avant que les autorités n'enquêtent¹²⁵. Cependant, la logique qui semble prévaloir jusque-là est celle visant à envisager les APD peu importe qu'il y ait auto-dénonciation ou non¹²⁶. Bien entendu, l'autodénonciation reste l'un des critères déterminants dans la décision d'offrir un APD.

D. Élaboration d'une grille de critères permettant d'envisager un APD

Comme le soutient la Chambre de commerce de l'Australie, la prévisibilité et la certitude sont des éléments fondamentaux de la primauté du droit. Laisser une grande discrétion aux procureurs afin de déterminer quelles entreprises sont éligibles aux APD pourrait être perçu comme contraire à la règle de droit, ce qui risquerait de miner la confiance du public¹²⁷. À l'instar de la nécessité d'une liste d'infractions éligibles, il importe de déterminer les facteurs susceptibles de guider la démarche des procureurs lors du traitement de la question de savoir si un APD doit être offert ou non. À la lumière de ce qu'a fait le Royaume-Uni, le bénéfice des APD ne devrait être accordé qu'en tenant compte de certains des facteurs contextuels ayant entouré la commission du crime, notamment :

- la disposition à coopérer et à divulguer les actes illégaux ;
- l'absence d'antécédents de criminalité ou d'irrégularités ;
- l'existence préalable d'un programme de conformité ;

¹²⁴ Lors du récent procès contre l'ancien maire de l'arrondissement Côte-des-Neiges – Notre-Dame-de Grâce, M. Applebaum, son ancien directeur de cabinet a reçu l'immunité en change de l'acceptation de servir de témoin pour la poursuite.

¹²⁵ *UNITING CHURCH*, préc., note 119.

¹²⁶ C'est notamment le cas au Royaume-Uni.

¹²⁷ *AUSTRALIAN CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY*, « Submission to the Attorney-General's Department on Consideration of a Deferred Prosecutions Scheme », 2 May 2016, en ligne : <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

- les mesures correctives mises en place après le crime, notamment l'établissement d'un programme de conformité et/ou le changement de direction, de spécialisation, ou de gouvernance de l'entreprise pour démarquer des irrégularités;
- la nature isolée du crime commis;
- la durée et la gravité de l'infraction¹²⁸;
- la nature disproportionnée des conséquences éventuelles d'une condamnation pour l'entreprise, le public, les employés, les investisseurs, etc.

En pratique, aucun de ces différents facteurs n'est prépondérant. Même si le facteur de la durée et du sérieux de l'infraction semble indiquer la nécessité des poursuites au nom de l'intérêt public, il peut être contrebalancé par la coopération, la prise de mesure de conformité ainsi que les conséquences éventuelles d'une condamnation pour les tierces parties¹²⁹.

Nous synthétisons ce point en affirmant que les APD doivent être accordés lorsqu'il existe des arguments forts en faveur de leur admission, le tout dans une perspective de protection de l'intérêt public et des valeurs de la société. Bref, la preuve doit être faite que c'est dans l'intérêt du public, y compris pour la société et ses actionnaires, que les parties s'entendent sur un APD au lieu d'une poursuite. De plus, l'entreprise doit montrer des signaux clairs quant à sa volonté de rompre avec le passé en s'engageant dans une nouvelle voie du respect de la loi. Par conséquent, même dans le cas des crimes pour lesquels les APD seraient admissibles, les poursuites criminelles ne devraient pas être exclues d'avance. Il devrait y avoir des cas où le bénéfice des APD sera refusé en raison de l'intérêt public.

E. Supervision du processus de négociation des APD

Dénonçant la pratique américaine, Anderson et Waggoner ont proposé que les APD soient supervisés par les juges. Pour eux, le manque de

¹²⁸ Si l'infraction s'est étendue sur une longue période, cela pourra mettre en échec le critère de la nature isolée de la conduite criminelle.

¹²⁹ *Serious Fraud Office v. Rolls-Royce PLC Rolls-Royce Energy Systems Inc.*, Judgment of Sir Brian Leveson, President of the Queen's Bench Division, 17 janvier 2017, en ligne: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/01/sfo-v-rolls-royce.pdf>> (consulté le 8 septembre 2017), par. 41-67.

surveillance neutre du processus de conclusion des APD soulève des problèmes quant à leur étendue, le risque de conflit d'intérêts et l'abus d'autorité des procureurs qui s'immiscent dans la gestion des entreprises¹³⁰. Pour cette raison, ces auteurs croient que, à l'instar des ententes sur le plaidoyer de culpabilité, les APD devraient être entérinés par la Cour. Cela procurerait une surveillance additionnelle et une transparence qui aura pour effet d'augmenter la confiance du public dans l'administration de la justice¹³¹.

Selon la Chambre de commerce et d'industrie de l'Australie, la surveillance judiciaire est conforme à l'état de droit car elle offre la transparence nécessaire à l'administration de tout mécanisme¹³². Au Royaume-Uni, il a été décidé que compte tenu des spécificités de cet État, il faudrait accorder un rôle important aux juges pour valider la régularité du processus de négociation et de conclusion des APD. Plus précisément, au Royaume-Uni, une fois que le procureur a l'intention d'inviter l'entreprise à conclure un APD¹³³, il doit soumettre son projet au juge. Ce dernier doit se prononcer à deux reprises: d'abord avant que les négociations sur les clauses de l'accord commencent et ensuite plus tard après leur finalisation¹³⁴.

¹³⁰ J. M. ANDERSON et I. WAGGONER, préc., note 50, p. 101-102.

¹³¹ *Id.*, p. 102.

¹³² AUSTRALIAN CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY, préc., note 127.

¹³³ Après avoir pris connaissance d'une conduite illégale potentielle par une entreprise, le procureur entame un dialogue avec cette dernière. Le procureur examine ensuite le cas et cherche des preuves suffisantes qui indiquent une perspective réaliste de condamnation. Ensuite, le procureur doit décider si une poursuite classique ou un APD est plus approprié. Le Code du Royaume-Uni sur les APD souligne que les APD sont clairement une exception et ne peuvent être utilisés si les facteurs d'intérêt public, tendant en faveur de la poursuite, l'emportent. L'entreprise est alors officiellement invitée aux négociations d'un APD et informée des poursuites présumées.

¹³⁴ De façon pratique, une fois que le principe d'un APD est accepté par toutes les parties, il fait l'objet d'une évaluation judiciaire en deux phases. Dans la première audience, qui est confidentielle, la poursuite doit présenter au juge les éléments de preuve et justifier l'intérêt public en jeu. Dans la deuxième audience, qui est publique, le procureur montre à la cour que l'APD est dans l'intérêt de la justice et que ses clauses sont justes, raisonnables et proportionnées. Dans sa décision, le tribunal peut soit approuver l'APD, proposer des amendements ou le rejeter. Le tribunal ne peut pas ordonner une poursuite complète qui reste une prérogative de ministère public. Alors que la première audience sert à protéger la confidentialité des négociations entre l'accusation, la cour et l'entreprise, la deuxième audience permet au public d'obtenir un aperçu complet des termes de l'APD et sert donc le droit du public à la transparence et à l'information. Pour plus de détails, voir: Polly SPRENGER, *Deferred Prosecution Agree-*

D'après BHP, la nécessité de faire approuver un APD par un tribunal pourrait créer une incertitude et réduire son efficacité en dissuadant les entreprises de procéder à l'autodénonciation si les bases sur lesquelles une décision de rejeter un APD ne sont pas clairement définies et énoncées à l'aide de critères objectifs¹³⁵. Pour éviter ce risque, la firme d'avocats Norton Rose estime qu'une fois que le procureur et l'entreprise sont d'accord pour procéder à un APD, les clauses de celui-ci devraient être négociées en présence d'un juge afin que ce dernier s'assure de la régularité du processus¹³⁶. Compte tenu de la charge de travail des juges, le professeur Simon Bronitt croit que les juges à la retraite devraient être mis à contribution¹³⁷. Au Royaume-Uni, les trois APD déjà conclu l'ont été sous la supervision du président de la Division du Banc de la Reine suivant une procédure accélérée ayant duré moins d'un mois¹³⁸.

Dans une perspective canadienne, une implication judiciaire dans la conclusion d'un APD peut potentiellement porter atteinte au « noyau dur » des pouvoirs discrétionnaires des procureurs et du principe de séparation des pouvoirs. En effet, la common law reconnaît depuis longtemps que seule la poursuite possède un pouvoir discrétionnaire d'intenter ou non les poursuites, de les arrêter si elles sont déjà intentées, d'accepter ou refuser un plaidoyer de culpabilité, etc. Selon Bildfell, les tribunaux devraient agir par déférence devant le pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non et selon une législation claire, lors de l'examen d'un APD. Plus précisément, l'intervention des tribunaux devrait se justifier en cas de contentieux concernant sa mise en oeuvre¹³⁹. Cela permettrait aux affaires d'être conclues très rapidement.

ments: The law and practice of negotiated corporate criminal penalties, Londres, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2015, p. 167.

¹³⁵ BHP, préc., note 71.

¹³⁶ NORTON ROSE FULBRIGHT, préc., note 114.

¹³⁷ SIMON BRONITT, « Submission by Professor Simon Bronitt », en ligne: <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹³⁸ *Serious Fraud Office v. Rolls-Royce PLC Rolls-Royce Energy Systems Inc.*, préc., note 129, par. 10-13.

¹³⁹ C. BILDFELL, préc., note 22, 206.

Par ailleurs, au Canada, les méga-procès sur la criminalité organisée¹⁴⁰ ont montré les limites de la capacité des juges canadiens à administrer des affaires complexes, comme le sont souvent les cas de crimes économiques. Toutefois, cela pourrait être différent si on confiait l'administration des APD à un organisme oeuvrant en marge du système judiciaire classique comme le programme des PRV dirigé par le juge Rolland que nous avons mentionné précédemment. La clôture de ces travaux à la fin de l'année 2017 va nous donner une idée de la pertinence de confier la gestion des APD à ce genre d'organismes. Il importe aussi de considérer la validation des APD par un juge comme une question urgente, à l'instar des ordonnances ou mandats.

Dans tout les cas, même si on optait pour un APD sans aucune intervention judiciaire en amont, le paiement éventuel des pénalités en aval va faire intervenir les juges pour entériner les ententes et au besoin en corriger les déséquilibres. Les juges ne pourront cependant pas remettre en cause facilement ces ententes, à l'instar des accords sur la peine en matière de plaidoyers de culpabilité¹⁴¹.

E. Publication des APD

Au Royaume-Uni, alors que les négociations de l'APD sont secrètes, il est prévu que l'accord final soit publié sauf dans certains cas rares. En effet, l'intérêt public exige que les clauses des APD soient publiées afin que l'opinion soit au courant des différentes transactions. Selon BHP, la diffusion du contenu de l'APD aurait une force dissuasive, particulièrement lorsque l'accord requiert des améliorations quant aux programmes de conformité des entreprises¹⁴². En effet, il est avancé qu'une organisation

¹⁴⁰ Voir: Benjamin PERRIN, Richard AUDAS et Sarah PÉLOQUIN-LADANY, *Canada's Justice Deficit: The Case for a Justice System Report Card*, Ottawa, Macdonald-Laurier Institute for Public Policy, 2016, en ligne: <http://www.macdonaldlaurier.ca/files/pdf/MLL_JusticeReportCard_F_web.pdf> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁴¹ *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, par. 25 et 32. Selon la Cour suprême, les ententes entre le ministère public et la défense sur une recommandation conjointe relative à la peine en échange d'un plaidoyer de culpabilité sont monnaie courante et sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice. Par conséquent, un juge du procès ne devrait pas écarter une recommandation conjointe relative à la peine, à moins que la peine proposée soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou qu'elle soit contraire à l'intérêt public.

¹⁴² BHP, préc., note 71.

aura plus de volonté de s'autodénoncer si un APD passé portant sur un comportement similaire offre une indication claire quant aux risques encourus¹⁴³. En d'autres mots, la publication d'un APD assure la stabilité, la transparence et la prévisibilité en fournissant une banque de décisions relate les faits et fournit des facteurs pertinents pour l'approbation d'un APD¹⁴⁴. En effet, d'après la firme KordaMentha Forensic, les faits publiés fournissent aux autres entreprises d'importantes leçons à propos des types de manquements contraires à la loi et les mesures de conformité sur lesquelles elles doivent mettre l'accent¹⁴⁵. Bien entendu, on reconnaît qu'il pourrait y avoir des circonstances exceptionnelles où un APD ne devrait pas être rendu public, notamment lorsque la divulgation pourrait causer préjudice à une enquête ou à une poursuite reliée¹⁴⁶. Dans tous les cas, toute décision de ne pas publier les détails d'un APD devrait relever du tribunal¹⁴⁷. Ensuite, lorsque la conclusion d'un APD n'a pas abouti, la publication du contenu des négociations pourrait s'avérer préjudiciable pour l'entreprise.

Au Canada, la tradition consiste à ne pas publier les ententes conclues entre la poursuite et les accusés. Tout le processus et son contenu restent généralement secrets et inaccessibles au public. La seule possibilité est qu'un juge qui enterme l'entente en reprenne quelques extraits lors de la rédaction du jugement sur la peine à être imposée. Toutefois la situation pourrait changer si on décidait de confier aux juges l'administration des futurs APD.

*

* *

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ LAW SOCIETY OF NEW SOUTH WALES, *Improving Enforcement Options for Serious Corporate Crime: Consideration of a Deferred Prosecution Agreements scheme in Australia*, Public Consultation Paper, 2 mai 2016, en ligne: <<https://www.ag.gov.au/consultations/Pages/Deferred-prosecution-agreements-public-consultation.aspx>> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁴⁵ KORDAMENTHA FORENSIC, préc., note 69.

¹⁴⁶ Selon KordaMentha Forensic, lorsque, par exemple, les employés d'une société ayant négocié un APD se font poursuivre individuellement, la publication de ce fait pourrait porter préjudice à leur droit d'avoir un procès équitable. Dans cette situation, la publication des détails de l'APD pourrait être censurée ou différée jusqu'à la décision finale concernant ces individus. Voir: *id.*

¹⁴⁷ *Id.*; LAW SOCIETY OF NEW SOUTH WALES, préc., note 144.

Cet article nous a permis de discuter de l'opportunité d'adopter les APD en droit criminel canadien. Nous avons pu voir qu'il s'agit de mécanismes qui modifient certains concepts bien ancrés relatifs à la justice criminelle. Ces mécanismes présentent certains désavantages notamment si on les compare au rôle des poursuites criminelles traditionnelles quant au besoin de dissuasion des auteurs des crimes et de répression de la conduite illégale. Il y a aussi moyen d'y voir un problème quant à une possible atteinte à la primauté du droit. Toutefois, nous avons constaté que les quelques inconvénients ne surpassent pas les avantages de ces mécanismes. Plus précisément, étant donné la rareté des poursuites à l'encontre des auteurs des infractions économiques, d'une part, et, d'autre part, la prolifération de ce genre d'infractions due au phénomène de la mondialisation, une solution de rechange par rapport aux poursuites pénales semble s'imposer. La flexibilité des APD ainsi que leur propension à imposer la conformité au sein des entreprises constituent des outils importants dont un pays comme le Canada ne saurait se passer encore longtemps. La récente adoption de ces mécanismes par le Royaume-Uni et la France ainsi que l'imminence de leur adoption en Australie milite fermement en faveur de leur admission au Canada. Par ailleurs, leur adoption ne pourrait pas indigner outre mesure l'opinion publique, dans la mesure où il ne s'agirait pas de quelque chose de totalement étranger. Nous avons vu que quelques mesures de rechange existent déjà en matière de concurrence et en droit de l'environnement. Ensuite, il ne s'agirait pas de généraliser leur application à toutes les infractions mais seulement à certaines d'entre elles qui sont étroitement liées à la vie économique des entreprises.

Dans l'éventualité où le Canada se résoudrait finalement à adopter les APD, nous recommandons de se référer au modèle du Royaume-Uni, qui semble en être une version améliorée. En effet, le modèle anglais fournit beaucoup plus de transparence et accorde une place de choix aux juges. Le contrôle par les juges fait des APD des outils de poursuite flexibles, prévisibles, équitables et équilibrés¹⁴⁸. Cependant, le Canada pourra adapter à sa guise ce modèle afin notamment de respecter le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Bien entendu, une loi ou un règlement devra clairement indiquer les critères permettant aux procureurs d'apprécier rigoureusement la nécessité d'offrir le bénéfice de l'APD.

¹⁴⁸ C. BILDFELL, préc., note 22, 200.

La lutte contre la criminalité dans ces moments de pratiques commerciales mondialisées requiert d'encourager l'autodénonciation des entreprises en vue d'une réelle efficacité des poursuites. Bien évidemment, l'autodénonciation ne devrait pas être une condition préalable pour inviter une société à conclure un APD¹⁴⁹. Toutefois, afin d'offrir une certitude aux sociétés qui s'autodénoncent, les directives devraient spécifier que l'autodénonciation aura un plus grand poids quant à la décision d'inviter une entreprise en négociation¹⁵⁰. Cela aiderait à assurer que les sociétés qui s'autodénoncent ne sont pas désavantagées par rapport à celles qui ne le font pas pour diverses raisons légitimes¹⁵¹.

Cependant, malgré notre enthousiasme, les APD pourraient ne pas être beaucoup utilisés compte tenu de la nature du régime canadien de responsabilité pénale des entreprises, qui est basé sur la notion d'âme dirigeante contrairement au régime américain, qui repose sur la notion de *respondeat superior* (responsabilité du fait d'autrui). Selon la doctrine de l'âme dirigeante, pour qu'une infraction criminelle soit validement attribuée à une entreprise, il faut prouver hors de tout doute raisonnable l'implication d'une personne physique haut placée dans la hiérarchie de cette entreprise¹⁵². Par contre, en vertu du régime américain, les entreprises sont responsables de tous les crimes commis par leurs employés qui agissent dans le cadre de leur travail et pour le bénéfice de l'entreprise, même si leur conduite n'a nécessité qu'un degré minimum de *mens rea*¹⁵³. Comme le soutient Arlen,

¹⁴⁹ KING & WOOD MALLESONS, préc., note 66.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Code criminel*, art. 22.1 et 22.2.

¹⁵³ Ce régime est, en effet, décrit comme suit : « [I]ntent may be imputed to the corporation from a person distinct from the individual who committed the actus reus of the crime [...] Prosecutors need not identify the actual wrongdoer, as long as it can be inferred that some person 'did it' within the organization. Inconsistent verdicts are tolerated, under which corporations are convicted when all conceivable culpable agents have been acquitted. And courts accept a 'collective knowledge' theory, under which no one person knew all the facts demanded by statute, and the required knowledge can be pieced together from what various people within the corporation knew. [C]orporations can be held liable even if they had in place good faith and generally effective (but not necessarily foolproof) compliance systems designed to prevent and punish such wrong-doing. ». Voir : Julie R. O'SULLIVAN, « How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What That Means for the Purposes of the Federal Criminal Sanction », (2014) 51 *Am. Crim. L. Rev.* 29, 33-34.

le pouvoir exceptionnel dont disposent les procureurs américains pour provoquer des réformes structurelles découle de cette conception large de la responsabilité criminelle¹⁵⁴.

Ainsi, les entreprises soupçonnées de crimes au Canada pourraient refuser de s'autodénoncer et préférer subir un procès sachant qu'au bout du compte, il sera peu probable qu'elles soient condamnées. Le Canada a donc intérêt à réformer son droit portant responsabilité pénale des entreprises, à l'instar du Royaume-Uni. Dans ce pays, alors que le régime de responsabilité pénale des entreprises était jusqu'à très récemment semblable au régime canadien, de plus en plus d'infractions économiques sont désormais attribuables aux entreprises sans nécessité de prouver l'implication des cadres supérieurs¹⁵⁵. De même, étant donné la morphologie des entités multinationales (filiales multiples et siège social localisé loin des filiales) qui leur permet de commettre des infractions transnationales en toute impunité, il importe que le Canada renforce ses critères de compétence pour les infractions économiques. Plus précisément, un critère basé sur la nationalité et celui portant sur l'établissement d'affaires méritent d'être adoptés en droit pénal économique. Un pas a été franchi en ce qui concerne la corruption transnationale¹⁵⁶. Il ne reste qu'à généraliser cet exemple pour les autres crimes économiques. Par ailleurs, à l'instar du Royaume-Uni, l'adoption des APD au Canada devrait s'accompagner du renforcement et de la professionnalisation du système de détection et d'enquêtes en matière de crimes économiques afin que les entreprises aient un incitatif à divulguer la criminalité les impliquant pour bénéficier des APD.

¹⁵⁴ J. ARLEN, préc., note 59, p. 64-65.

¹⁵⁵ UK, *Bribery Act 2010*, en ligne: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>> (consulté le 8 septembre 2017), art. 7; UK, *2017 Criminal Finances Bill*, section 37 & 38, sect. 37, en ligne: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560122/Criminal_Finances_Bill.pdf> (consulté le 8 septembre 2017).

¹⁵⁶ *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.C. 1998, c. 34, art. 5(1)c).