

Université de Montréal

**L'application de la loi à l'encontre des personnes morales
comme vecteur de modification des comportements et pratiques
et de redistribution de la responsabilité.**

Par
Frédéric Pérodeau

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit, option droit des affaires (LL.M.)

Avril 2021

© Frédéric Pérodeau, 2021

Université de Montréal
Faculté de droit

Ce mémoire intitulé

**L'application de la loi à l'encontre des personnes morales
comme vecteur de modification des comportements et pratiques
et de redistribution de la responsabilité.**

Présenté par
Frédéric Pérodeau

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes

P^r Amissi M. Manirabona
Président-rapporteur

P^r Stéphane Rousseau
Directeur de recherche

P^r Alain Gélinas
Membre du jury

Résumé

Il est essentiel de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par des personnes morales à des fins de dissuasion et de responsabilité individuelle, mais aussi afin de maintenir la confiance du public dans notre système judiciaire et dans l'industrie des services financiers. Toutefois, des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels rendent particulièrement difficile la recherche de la responsabilité des personnes physiques par les organismes d'application de la loi. Les scandales et crises financières témoignent de ces difficultés et laissent croire que seules les personnes morales font l'objet de sanctions, et non pas leurs administrateurs, dirigeants ou employés responsables. C'est principalement parce qu'elles ont parfois servi de substituts à la recherche de la responsabilité des personnes physiques que les procédures intentées à l'encontre des personnes morales n'ont pas bonne presse.

Les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes physiques et les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales jouent des rôles différents. Il s'agit de mesures *complémentaires* plutôt que de *substituts*. Il en est ainsi puisque c'est à travers l'angle de la modification des comportements et pratiques (plutôt que de la seule sanction rétrospective) que le prisme de l'application de la loi à l'encontre des personnes morales devrait être considéré. En plus de dissuader, de telles mesures favorisent une modification (volontaire ou non) des comportements et pratiques ainsi que la redistribution de la responsabilité, notamment par l'entremise des mécanismes disciplinaires internes et pratiques de rémunération.

Mots-clés : Application de la loi, Services financiers, Responsabilité, Imputabilité, Dissuasion, Manquements, Sanctions, Culture, Mesures disciplinaires, Rémunération.

Abstract

It is essential to impose sanctions on individuals responsible for corporate misconduct to ensure deterrence and personal accountability, but also to maintain public confidence in our justice system and the financial services industry. However, legal, organizational and operational challenges make it particularly difficult for law enforcement agencies to find said individuals responsible for corporate misconduct. Scandals and financial crisis emphasized these difficulties and left the impression that only corporations were subject to sanctions and not their responsible directors, officers or employees. It is mainly because they have sometimes served as alternatives to the search for individual accountability that legal proceedings against corporations do not have a good press.

Enforcement actions against individuals and enforcement actions against corporations play different roles. They are *complementary* and not *alternatives* or *substitutes*. It is through the angle of change in behaviours and practices (rather than the only retrospective sanction) that the prism of law enforcement against corporations should be considered. In addition to deterring, such measures foster a change (voluntary or not) in behaviours and practices and could contribute to redistributing responsibility to the individuals actually responsible for corporate misconduct, notably through internal disciplinary mechanisms and sound compensation practices.

Keywords: Enforcement, Financial services, Responsibility, Accountability, Deterrence, Misconduct, Behaviours, Culture, Disciplinary mechanisms, Compensation.

Table des matières

Résumé	3
Abstract	4
Liste des sigles et abréviations	7
Remerciements	9
Introduction.....	10
Chapitre 1 - Responsabilité, imputabilité et dissuasion.....	14
A. Mise en contexte	14
B. Responsabilité, imputabilité et dissuasion : de quoi s'agit-il?	15
Chapitre 2 - La sanction des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales.....	26
A. L'importance de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par des personnes morales et les conséquences qui découlent de la difficulté à y parvenir.	27
B. Les obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels rencontrés par les autorités dans la recherche de la responsabilité des personnes physiques	33
C. Survол de pistes de solutions considérées afin de favoriser la responsabilité des personnes physiques.....	39
1. Approches proposées par les commentateurs afin de favoriser la recherche de la responsabilité individuelle	39
2. Approches mises de l'avant par les organismes d'application de la loi afin de favoriser la recherche de la responsabilité individuelle	41
Chapitre 3 - La sanction des personnes morales	48
A. Le rôle complémentaire des mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales et des mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes physiques.....	48
B. Les défis et limites associés à la dissuasion des personnes morales	51
C. Le rôle des mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales.....	60
1. L'application de la loi à l'encontre des personnes morales comme vecteur de modification des comportements et pratiques	60
2. L'application de la loi à l'encontre des personnes morales afin de favoriser l'indemnisation ou le remboursement des victimes.....	90

3. L'application de la loi à l'encontre des personnes morales comme outil de redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis.....	92
Conclusion	118
Références bibliographiques.....	120
Table de la jurisprudence citée	128
Table de la législation citée	129

Liste des sigles et abréviations

ACFM : Association canadienne des courtiers de fonds mutuels

ACVM : Autorités canadiennes en valeurs mobilières

AMF : Autorité des marchés financiers

BDR : Bureau de décision et de révision

BEAR : Banking Executive Accountability Regime

BSIF : Bureau du surintendant des institutions financières

CFTC : Commodity Futures Trading Commission

DOJ : U.S. Department of Justice

FINRA : Financial Industry Regulatory Authority

LDPSF : Loi sur la distribution des produits et services financiers

LESF : Loi sur l'encadrement du secteur financier

LID : Loi sur les instruments dérivés

LVM : Loi sur les valeurs mobilières

OCC : Office of the Comptroller of the Currency

OCRCVM : Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières

OICV : Organisation internationale des commissions de valeurs

SM&CR : Senior Managers and Certification Regime

UK FCA : UK Financial Conduct Authority

UK PRA: UK Prudential Regulation Authority

US SEC : U.S. Securities and Exchange Commission

*À la mémoire de ma mère qui nous a quittés trop tôt
et qui, je crois, aurait été bien fière de son fils.*

*À mon père qui m'a appris la bienveillance,
la résilience et la persévérance.*

Remerciements

Je veux bien évidemment remercier mon directeur de recherche, le professeur Stéphane Rousseau, et lui témoigner de toute ma gratitude pour son soutien de tous les instants, sa connaissance encyclopédique du domaine et ses commentaires judicieux. Je lui suis aussi reconnaissant d'avoir accordé sa confiance à un étudiant quadragénaire au profil atypique. Je veux aussi remercier les professeurs Amissi M. Manirabona et Alain Gélinas d'avoir accepté de faire partie du jury de mémoire. C'est un grand privilège de pouvoir compter sur des membres de jury d'une telle compétence afin de procéder à l'évaluation de mon mémoire.

Bien entendu, tout cela n'aurait pas été possible sans le support de ma conjointe et de nos filles qui, sans jamais trop questionner la pertinence de cette démarche, m'ont encouragé, soutenu et écouté leur parler de dissuasion... Je leur suis reconnaissant de m'avoir permis de passer toutes ces longues heures en salles de cours, à la table de la salle à manger ou au sous-sol. J'espère avoir réussi à les inspirer, à les convaincre de l'importance de toujours persévérer et à leur transmettre le plaisir d'apprendre.

Je veux aussi remercier mes parents qui m'ont toujours encouragé et ont toujours cru en moi, sans aucune réserve. Ils m'ont appris la bienveillance, la persévérance et la résilience. Je crois bien que mon père, Louis, sera fier de cet accomplissement et que ma mère, Diane, l'aurait été.

J'en profite pour remercier au passage les collègues de l'Autorité des marchés financiers qui m'ont soutenu durant les quelques années nécessaires à la réalisation de ce projet. Ils se reconnaîtront.

**L'APPLICATION DE LA LOI À L'ENCONTRE DES PERSONNES MORALES
COMME VECTEUR DE MODIFICATION DES COMPORTEMENTS ET PRATIQUES
ET DE REDISTRIBUTION DE LA RESPONSABILITÉ**

Par Frédéric Pérodeau¹

Deterrence theory simply tries to prevent crime with the threat of sanction; it does not care whether it accomplishes this by dissuading bad corporations from committing crime, or by inducing them to become good corporations²

Introduction

Il est essentiel de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par des personnes morales à des fins de dissuasion et de responsabilité, mais aussi afin de maintenir la confiance du public dans notre système judiciaire et, dans le cas qui nous intéresse, dans l'industrie des services financiers. Toutefois, des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels rendent particulièrement difficile la recherche de la responsabilité des personnes physiques par les organismes d'application de la loi.

Les scandales et crises financières témoignent de ces difficultés et laissent croire que seules les personnes morales font l'objet de sanctions, et non pas leurs administrateurs, dirigeants ou employés responsables. C'est principalement parce qu'elles ont parfois servi de substituts à la recherche de la responsabilité des personnes physiques responsables des manquements commis que les procédures intentées à l'encontre des personnes morales n'ont pas bonne presse. La crise financière de 2008 a, à cet égard, laissé un goût amer à bon nombre de

¹ Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur et ne sont pas nécessairement représentatives de celles de l'Autorité des marchés financiers, des Autorités canadiennes en valeurs mobilières ou de l'Organisation internationale des commissions de valeurs;

² Mihailis Diamantis, « Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment », (2018) 103 *Iowa L. Rev.* 507, p. 544;

commentateurs, politiciens³ et observateurs⁴. La question suivante s'est ainsi posée à de nombreuses reprises et se pose encore aujourd'hui : « Since the 2008 crash, one question has dominated the public debate over it: Why were no senior executives on Wall Street prosecuted? »⁵.

Notre objectif est de réconcilier les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes physiques et les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales en clarifiant leurs rôles respectifs et en établissant qu'il s'agit de mesures *complémentaires* plutôt que de *substituts*. Notre objectif est aussi d'exposer comment des mesures d'application de la loi efficaces à l'encontre des personnes morales sont nécessaires puisqu'elles peuvent mener à une modification (volontaire ou non) des comportements et pratiques ainsi qu'à la redistribution de la responsabilité.

Nous nous concentrerons à cette fin sur l'industrie des services financiers. Cette dernière se prête particulièrement bien à un tel exercice puisqu'il s'agit d'une industrie hautement réglementée, qu'elle a fait et fait toujours l'objet de sévères critiques à cet égard, qu'elle compte un nombre significatif de participants, que les organismes d'application de la loi y sont nombreux et que les outils à leur disposition en matière d'application de la loi sont variés.

Ce mémoire comporte trois chapitres. Nous présenterons tout d'abord certains concepts importants qui seront d'intérêt dans le cadre de cette discussion, à savoir la responsabilité, l'imputabilité et la dissuasion.

³ Voir par exemple à cet effet les propos tenus par la sénatrice américaine Elizabeth Warren lors des audiences du comité sénatorial sur les affaires bancaires du 9 septembre 2014 (Hearing on Wall Street Reform : Assessing and Enhancing the Financial Regulatory System). En ligne : <https://www.banking.senate.gov/hearings/wall-street-reform-assessing-and-enhancing-the-financial-regulatory-system> (à 02:08:36);

⁴ Voir par exemple à cet effet: Jed Rakoff, « The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted? » dans R. Huang & N. Howson, *Enforcement of Corporate and Securities Law: China and the World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 3-13;

⁵ John C. Coffee Jr., *Corporate Crime and Punishment: The Crisis of Underenforcement*, Oakland, Berrett-Koehler Publishers, 2020, p. 3;

Nous nous intéresserons par la suite à la sanction des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales en discutant tour à tour de son importance et des conséquences qui découlent de la difficulté à y parvenir, des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels auxquels les organismes d'application de la loi sont confrontés et de certaines pistes de solutions proposées par les commentateurs ou mises de l'avant par des organismes d'application de la loi du secteur financier.

Après avoir ainsi traité de la sanction des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales, nous nous intéresserons à la sanction des personnes morales. Nous soutiendrons une approche selon laquelle les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales devraient être *complémentaires* à la recherche de la responsabilité des personnes physiques plutôt que des *substituts* à celle-ci puisque leurs objectifs sont différents. Après avoir abordé les défis et limites associés à la dissuasion des personnes morales par l'imposition de sanctions monétaires, nous verrons en quoi les mesures d'application de la loi à leur encontre demeurent nécessaires. Il en est ainsi puisqu'elles peuvent mener à une modification des comportements et pratiques par la mise en place de mesures visant à prévenir d'éventuels manquements (*ex ante*) et de mesures visant à prévenir que des manquements ne se reproduisent (*ex post*). Nous nous intéresserons aux démarches proactives et volontaires que les personnes morales peuvent choisir de mettre de l'avant, mais aussi à l'imposition par les organismes d'application de la loi du secteur financier, directement ou par l'entremise des tribunaux, d'exigences menant à une modification des comportements et pratiques. Nous nous intéresserons aux arguments en faveur et à l'encontre de cette approche d'application de la loi que nous qualifions de plus « interventionniste », avant de prendre position à son sujet. Nous verrons par la suite comment les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales peuvent être utilisées de façon à favoriser une redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis par l'utilisation de ses mécanismes disciplinaires internes. Avant de prendre position quant à une

telle approche, nous présenterons les arguments en sa faveur et à son encontre. Nous discuterons finalement de l'impact de certaines pratiques de rémunération (principalement la politique de récupération) qui sont, elles aussi, susceptibles de favoriser la modification des comportements et pratiques, la dissuasion et la redistribution de la responsabilité.

Chapitre 1 - Responsabilité, imputabilité et dissuasion

A. Mise en contexte

Nos travaux reposent sur la prémisse selon laquelle il est essentiel de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par des personnes morales à des fins de dissuasion et de responsabilité. Il nous apparaît donc nécessaire de tout d'abord présenter et définir certains concepts importants qui seront d'intérêt dans le cadre de cette discussion, à savoir la responsabilité, l'imputabilité et la dissuasion.

Ouvrons une parenthèse que nous refermerons rapidement afin de poursuivre la discussion.

Les sanctions prévues par les régimes criminels, pénaux, administratifs et disciplinaires poursuivent des objectifs différents. En droit criminel, par exemple, l'article 718 du *Code criminel*⁶ prévoit que le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre et ce, par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs qui y sont énumérés, à savoir : dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité, dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions, isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société, favoriser la réinsertion sociale des délinquants, assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité et susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes ou à la collectivité. En droit pénal statutaire, l'objectif poursuivi est la protection du public contre les dangers auxquels peut donner lieu l'exercice d'activités par ailleurs légitimes et l'emploi de sanctions pénales, dans ce contexte, s'explique par le pouvoir dissuasif du droit pénal⁷. Les sanctions administratives pécuniaires visent pour leur part la réalisation des objectifs de la

⁶ *Code criminel*, LRC 1985, c. C-46;

⁷ *La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers*, [2013] R.C.S. 756, paragr. 73; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, pp. 694-695;

réglementation en décourageant l'inobservation du régime administratif⁸. Les sanctions disciplinaires s'intéressent quant à elles à la protection du public, à la dissuasion du professionnel de récidiver et à l'exemplarité à l'égard des autres membres de la profession qui pourraient être tentés de poser des gestes semblables⁹ (l'objectif primordial étant la protection du public¹⁰).

Bien que les objectifs poursuivis par les régimes criminels, pénaux, administratifs et disciplinaires soient différents, on y remarque un objectif commun : celui de dissuader. Puisque la dissuasion est une thématique importante de ce mémoire, nous avons consulté un vaste éventail de sources bibliographiques sur le sujet et avons pris la liberté de puiser dans ces différents régimes tout en prenant soin, bien entendu, d'apporter les nuances qui s'imposent.

B. Responsabilité, imputabilité et dissuasion : de quoi s'agit-il?

La responsabilité et l'imputabilité sont deux concepts différents, mais étroitement liés.

La **responsabilité** est le devoir de répondre de quelque chose, de répondre d'un acte. Elle se compose de deux dimensions : la désignation du responsable et l'obligation qu'il a de répondre de cet acte et, le cas échéant, d'en subir les conséquences¹¹. La responsabilité s'intéresse à la personne, au responsable.

L'**imputabilité** pour sa part s'intéresse à l'acte lui-même plutôt qu'à la personne. Elle s'intéresse au fait, à ses causes, à son origine. « Imputer, c'est toujours imputer quelque chose à

⁸ *Guindon c. Canada*, [2015] 3 R.C.S. 3, paragr. 77, 79;

⁹ *Pigeon c. Daigneault*, [2003] R.J.Q. 1090 (C.A.);

¹⁰ *Mailloux c. Deschênes*, 2015 QCCA 1619, paragr. 145;

¹¹ Karine Wurtz, *L'apport des théories morales de la responsabilité pour penser l'imputabilité des crimes de guerre*, Thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 2010, pp. 5-8;

quelqu'un »¹². On ne devrait donc pas parler de l'imputabilité d'une personne¹³. La relation entre la responsabilité et l'imputabilité se résume donc ainsi : on recherche l'origine et les causes d'un fait pour l'imputer à quelqu'un qui en sera responsable et qui devra en répondre et, le cas échéant, en subir des conséquences. Un acte est imputable à une personne. Une personne est responsable d'un acte. L'Office québécois de la langue française souligne par ailleurs qu'on ne doit pas parler de l'imputabilité d'une personne lorsqu'on réfère à son obligation de rendre des comptes ou à sa responsabilisation. Elle précise aussi qu'« imputable » et « imputabilité » ne conviennent pas pour traduire l'anglais « accountable » ou « accountability »¹⁴. Cette précision est importante puisque la notion d'« accountability » est omniprésente dans la littérature anglo-saxonne publiée sur le sujet qui nous intéresse.

La **dissuasion** consiste à imposer une sanction dans le but de décourager la personne qui a commis un manquement, et quiconque, de poser des gestes répréhensibles¹⁵.

Il existe deux types de dissuasion: la dissuasion spécifique et la dissuasion générale. La **dissuasion spécifique** vise à limiter les risques de récidive de la personne ayant commis un manquement. Elle repose sur l'hypothèse selon laquelle la sanction imposée à une personne aura pour effet de la dissuader de poser des gestes de même nature dans le futur afin d'éviter d'être à nouveau sanctionnée¹⁶. La Cour suprême du Canada souligne que la dissuasion spécifique (ou individuelle) cible « le contrevenant particulier afin de démontrer que la récidive ne profite pas »¹⁷. La **dissuasion générale**, pour sa part, vise à empêcher d'autres personnes de commettre des manquements similaires en véhiculant un message selon lequel les personnes qui commettront effectivement de tels manquements seront sanctionnées de la même

¹² *Id.*, p. 4;

¹³ Office Québécois de la langue française, Banque de dépannage, « Imputable ». En ligne : http://bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=5202;

¹⁴ *Ibid.*;

¹⁵ *R. c. B.W.P.; R. c. B.V.N.*, [2006] 1 R.C.S. 941, p. 946;

¹⁶ Neil Gunningham, Dorothy Thornton & Robert A. Kagan, « Motivating Management: Corporate Compliance in Environmental Protection », (2005) 27(2) *Law & Policy* 289, p. 307;

¹⁷ *Cartaway Resources Corp. (Re)*, *supra*, note 7, p. 695;

manière¹⁸. Elle repose sur l'hypothèse selon laquelle la sanction imposée à une personne aura pour effet de décourager les autres de poser des gestes de même nature¹⁹. La Cour suprême du Canada souligne que la dissuasion générale cible « la société en général, y compris les contrevenants potentiels, dans le but d'illustrer les conséquences négatives d'un comportement fautif »²⁰.

Dans les deux cas, l'objectif de la dissuasion est prospectif en ce qu'elle vise la prévention des manquements futurs²¹.

La dissuasion comporte trois composantes essentielles: la certitude, la sévérité et la célérité.

Plus la vraisemblance qu'une sanction soit imposée est grande (la **certitude**), plus l'effet dissuasif sera important²². Il en est ainsi puisque le fait qu'une personne perçoive qu'il est vraisemblable qu'un éventuel manquement soit détecté et sanctionné réduit le risque qu'elle pose un geste répréhensible²³. Des recherches supportent en effet l'hypothèse selon laquelle une plus grande certitude quant à la détection et à la sanction d'un éventuel manquement accroît effectivement la dissuasion et confirment, par le fait même, l'importance des mesures d'application de la loi mises de l'avant par les régulateurs²⁴.

¹⁸ Peter J. Henning, « Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals? », (2015) 61 *Wayne L. Rev.* 27, p. 41; Michelle Welsh, « New Sanctions and Increased Enforcement Activity in Australian Corporate Law: Impact and Implications », (2012) 41 *Common Law World Review* 134, p. 164;

¹⁹ N. Gunningham, D. Thornton & R. A. Kagan, *supra*, note 16, p. 297;

²⁰ *Cartaway Resources Corp. (Re)*, *supra*, note 7, p. 695;

²¹ *Ibid.*; Mihailis Diamantis, « Ditching Deterrence: Preventing Crime by Reforming Corporations Rather than Fining Them », (2019) 14 *University of Iowa Legal Studies Research Paper* 1, p. 1;

²² Oludara Akanmidu, « The deterrence theory: a case for enhanced enforcement of directors' duties », (2017) 1(1) *Corporate Governance and Organizational Behavior Review* 25, p. 28;

²³ James Alm, Betty R. Jackson, & Michael McKee, « Getting the word out: Enforcement information dissemination and compliance behavior », (2009) 93(3) *Journal of Public Economics* 392, p. 392;

²⁴ M. Welsh, *supra*, note 18, p. 164;

Les auteurs s'entendent sur le fait que c'est la certitude qui est la composante la plus importante en matière de dissuasion, et non la sévérité de la sanction²⁵. Il appert que l'effet dissuasif de la sévérité de la sanction, en lui-même, est relativement faible et que c'est plutôt la vraisemblance de voir un éventuel manquement détecté et sanctionné qui influence le plus la décision de poser ou non un geste répréhensible²⁶.

Ainsi, les activités de communication et messages publics relatifs à l'application de la loi (et qui portent sur ses objectifs, mandats et résultats) jouent un rôle important en matière de dissuasion. En envoyant un signal clair et visible à l'effet que les organismes d'application de la loi sont présents afin d'assurer le respect du cadre législatif et réglementaire et la sanction des manquements commis, ces activités et messages ont pour effet d'accroître la perception que d'éventuels manquements seront effectivement détectés et sanctionnés et d'ainsi amplifier l'effet dissuasif des efforts d'application de la loi²⁷.

Afin de favoriser l'efficacité de la sanction imposée, cette dernière doit être suffisamment sévère et proportionnée au manquement commis (la **sévérité**)²⁸. Bien qu'il s'agisse d'une composante essentielle de la dissuasion, la sévérité de la sanction, en elle-même, n'est pas suffisante afin d'avoir un effet dissuasif²⁹.

On croit aussi qu'il est avantageux de faire en sorte que la sanction soit imposée le plus rapidement possible après que le manquement ait été commis (la **célérité**)³⁰. On croit en effet

²⁵ *Id.*, p. 144; Daniel S. Nagin, «Deterrence in the Twenty-First Century» dans M. Tonry, *Crime and Justice in America: 1975-2025*, Chicago, University of Chicago Press, 2013, pp. 201-202, 206-207;

²⁶ P. J. Henning, *supra*, note 18, p. 47;

²⁷ International Organization of Securities Commissions, *Credible Deterrence in the Enforcement of Securities Regulation*, 2015, p. 8; John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 163: « The key policy inference from the theory here is, therefore, that regulatory agencies would prevent more crime if they held more press conferences to shame corporate offenders and more press conferences to hold up as models those companies which have responded by implementing outstanding preventive reforms »;

²⁸ O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 28;

²⁹ D. S. Nagin, *supra*, note 25, pp. 206-207;

³⁰ *Ibid.*;

que la vraisemblance qu'une sanction soit imposée n'aura que peu d'impact en matière de dissuasion si le dépôt de procédures survient tellement longtemps après que les gestes répréhensibles aient été posés « so that the miscreant discounts the effect of any punishment »³¹. La célérité favorise l'association la plus grande entre le manquement commis et les conséquences qui en découlent³². On notera tout de même que la célérité est sans contredit celle des trois composantes essentielles de la dissuasion qui a reçu le moins d'attention, tant du point de vue théorique que du point de vue empirique.

Cette conception de la dissuasion proposée dès la fin du XVIIe siècle a plus tard fait l'objet de modélisations économiques, notamment par l'économiste Gary Becker en 1968³³.

La théorie de la dissuasion a comme fondement une approche coût-bénéfice simple (certains diraient simpliste³⁴) qui veut que, placé devant un ou des choix, l'agent économique rationnel prenne la décision qui lui offre les bénéfices individuels nets les plus importants. Cet agent économique rationnel cherchera à maximiser son utilité et, à cette fin, considérera les avantages et inconvénients qui peuvent résulter des choix qui s'offrent à lui³⁵. Il renoncera donc à poser un geste si les inconvénients qui en découlent sont, une fois escomptés du fait que le geste pourrait ne jamais être détecté ou sanctionné, supérieurs aux avantages qu'il est susceptible d'en retirer³⁶.

Ces avantages comme ces inconvénients peuvent bien entendu être pécuniaires, mais pas nécessairement. Ils peuvent aussi être intangibles. En ce qui concerne les avantages, on pense par exemple à la défense de l'honneur, à l'expression de l'indignation, à la démonstration d'une

³¹ P. J. Henning, *supra*, note 18, p. 41;

³² O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 28;

³³ Gary S. Becker, « Crime and Punishment: An Economic Approach », (1968) 76(2) *Journal of Political Economy* 169; D. S. Nagin, *supra*, note 25, pp. 206-207;

³⁴ Gregory Gilchrist, « Individual Accountability for Corporate Crime », (2018) 34 *Ga. St. U. L. Rev.* 335, p. 343;

³⁵ O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 27;

³⁶ G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 343;

position dominante, à la consolidation de la réputation ou à la recherche de sensations fortes³⁷. Il en est aussi ainsi des inconvénients qui peuvent par exemple se manifester par des dommages à la réputation, la perte de la capacité de gagner sa vie ou, dans certains cas, la possibilité d'être emprisonné³⁸.

Ainsi, la théorie de la dissuasion postule que l'éventualité de l'imposition d'une sanction suffisamment importante devrait avoir pour effet de prévenir que soient commis certains manquements³⁹. Dans ce contexte, les mesures d'application de la loi devraient avoir comme objectif de faire en sorte que ces agents économiques rationnels s'exposent à des inconvénients qui réduisent les bénéfices individuels nets d'un éventuel manquement à un point tel qu'il ne serait pas rationnel de privilégier cette option et qu'il serait rationnel de plutôt favoriser l'option de ne pas commettre un tel manquement. Ainsi, et toutes choses étant égales par ailleurs, des mesures d'application de la loi efficaces produiraient des inconvénients tels qu'aucun avantage ne pourrait être espéré d'un éventuel manquement⁴⁰.

À ce sujet, l'Organisation internationale des commissions de valeurs (l'« OICV ») souligne que :

Deterrence is credible when would-be wrongdoers perceive that the risks of engaging in misconduct outweigh the rewards and when non-compliant attitudes and behaviours are discouraged. Deterrence occurs when persons who are contemplating engaging in misconduct are dissuaded from doing so because they have an expectation of detection and that detection will be rigorously investigated, vigorously prosecuted and punished with robust and proportionate sanctions.⁴¹

³⁷ D. S. Nagin, *supra*, note 25, p. 205; Brent Fisse, « Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions », (1983) 56 *S. Cal. L. Rev.* 1141, p. 1154;

³⁸ Donald C. Langevoort, « On Leaving Corporate Executives Naked, Homeless and without Wheels: Corporate Fraud, Equitable Remedies, and the Debate over Entity versus Individual Liability », (2007) 42 *Wake Forest L. Rev.* 627, p. 655;

³⁹ D. S. Nagin, *supra*, note 25, pp. 206-207;

⁴⁰ Sharon Oded, « Coughing Up Executives or Rolling the Dice? : Individual Accountability for Corporate Corruption », (2016) 35(1) *Yale Law & Policy Review* 49, p. 70;

⁴¹ International Organization of Securities Commissions, *supra*, note 27, p. 6;

Cette conception de la dissuasion, bien que simple à comprendre, doit toutefois faire l'objet de nuances. Il en est ainsi puisque les personnes, tant physiques que morales, ne se comportent pas nécessairement comme des agents économiques rationnels. En effet, plusieurs facteurs « irrationnels » sont susceptibles de jouer un rôle dans leurs processus décisionnels. Herbert Simon, dans ses travaux, s'est justement intéressé à cet agent économique et a proposé une approche qui tient mieux compte des processus décisionnels réels et des contraintes qui y sont associées, dont l'accès à l'information, la capacité de calcul (« computational capacities ») et l'environnement dans lequel l'agent évolue. Il parle de « rationalité limitée »⁴².

Une personne physique ne se comporte donc pas nécessairement comme un agent économique rationnel et sa décision de commettre ou non un manquement sera influencée par un certain nombre de facteurs qui n'ont rien à voir avec sa perception du risque qu'un éventuel manquement soit détecté et sanctionné⁴³. En effet, ses gestes et comportements sont aussi motivés par des émotions telles que l'envie, l'amour, la honte, la fierté et la gratification⁴⁴. On sait que ces émotions jouent aussi un rôle important dans le processus décisionnel qui ne peut donc pas être réduit à une simple analyse coût-bénéfice rationnelle de chacun des choix disponibles⁴⁵. Des facteurs normatifs peuvent aussi avoir un impact sur sa décision. La personne physique sera alors influencée par ses valeurs, sa moralité et sa perception de la légitimité et de l'importance des règles applicables. Des facteurs sociaux peuvent aussi avoir un impact sur sa

⁴² Herbert A. Simon, « A Behavioral Model of Rational Choice », (1955) 69(1) *The Quarterly Journal of Economics* 99 : « Broadly stated, the task is to replace the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man, in the kinds of environments in which such organisms exist. »;

⁴³ Caron Beaton-Wells & Brent Fisse, « U.S. Policy and Practice in Pursuing Individual Accountability for Cartel Conduct: A Preliminary Critique », (2011) 56 *The Antitrust Bulletin* 277, p. 283;

⁴⁴ Des auteurs soutiennent ainsi que le modèle de l'agent économique rationnel est plus susceptible de se confirmer sur les personnes physiques moins émotives alors qu'il est moins susceptible de se confirmer sur les personnes physiques plus émotives. Voir à cet effet : Toni Makkai & John Braithwaite, « The dialectics of corporate deterrence », (1994) 31(4) *Journal of Research in Crime and Delinquency* 347, p. 362; Aussi, certains soutiennent que les cols blancs se comporteraient différemment et qu'ils agiraient peut-être de façon plus rationnelle compte tenu notamment de leur éducation, de leur expérience et de leur habitude à prendre des décisions rationnelles dans un contexte d'affaires. Voir à cet effet : O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 28;

⁴⁵ T. Makkai & J. Braithwaite, *supra*, note 44, p. 361;

décision qui sera ainsi influencée par des facteurs tels que la volonté d'être respecté, d'obtenir l'approbation de personnes qu'elle considère comme importantes, d'éviter la publicité négative associée à des mesures d'application de la loi et la désapprobation qui en découle. C'est donc un ensemble de facteurs qui influence la décision que prendra une personne physique de commettre ou non un manquement et non seulement une analyse coût-bénéfice rationnelle.

Afin de tenir compte de cette réalité, les organismes d'application de la loi doivent donc avoir à leur disposition différents outils en matière d'application de la loi⁴⁶ et s'assurer que les efforts déployés permettent d'avoir un impact sur une série de facteurs⁴⁷.

Une personne morale, non plus, ne se comporte pas nécessairement comme un agent économique rationnel.

Des recherches tendent à démontrer que très peu d'entre elles calculeraient effectivement la vraisemblance que des manquements soient détectés ou la sévérité des sanctions auxquelles elles s'exposent (les « amoral calculators »). Leur approche serait loin d'être scientifique et serait beaucoup plus intuitive, du type « règle du pouce »⁴⁸.

In sum, across all types of firms, there was little support in our interview data for models of business firms as "amoral calculators" who carefully weigh the certainty and severity of sanctions, as in standard deterrence theory. Regulation "works" through a complex mixture of pressures, fear, and normative duty.⁴⁹

En effet, il est illusoire de penser que les personnes morales procèdent à des analyses coût-bénéfice qui considèrent systématiquement, d'une part, les avantages découlant pour elle d'un manquement et, d'autre part, les inconvénients qui résultent des sanctions auxquelles elles

⁴⁶ M. Welsh, *supra*, note 18, pp. 142-143;

⁴⁷ B. Fisse, *supra*, note 37, pp. 1154-1156;

⁴⁸ N. Gunningham, D. Thornton & R. A. Kagan, *supra*, note 16, p. 312;

⁴⁹ *Id.*, p. 313;

s'exposent (escomptés par ce qu'elles perçoivent être le risque de voir le manquement être détecté et effectivement sanctionné)⁵⁰. Le processus décisionnel de la personne morale est plutôt influencé par un grand nombre de facteurs qui définissent son comportement organisationnel, dont ses complexités bureaucratiques. Aussi, il serait hasardeux de prétendre que le processus décisionnel est optimal ou optimisé au sein des personnes morales. En fait, les décisions prises ne sont pas optimales; elles sont, au mieux, satisfaisantes⁵¹.

Aussi, cette théorie semble ne pas tenir compte du fait que les personnes morales sont elles-mêmes composées de personnes physiques qui, on l'a vu, ne se comportent pas nécessairement comme des agents économiques rationnels et prennent des décisions influencées par un grand nombre de facteurs⁵² dont des émotions, des facteurs normatifs et des facteurs sociaux. Ceci est d'autant plus vrai que ces personnes physiques (agents) peuvent ne pas toujours agir dans l'intérêt supérieur de la personne morale (ou de son principal). La théorie de l'agence suggère en effet que la séparation entre la gestion et la propriété d'une personne morale favorise les conflits d'intérêts entre ceux qui occupent ces fonctions et qu'elle crée, de ce fait, des « problèmes d'agence »⁵³.

Qu'on ne se surprenne donc pas que la personne morale ne se comporte pas nécessairement comme le ferait un agent économique rationnel d'autant plus c'est en ayant à l'esprit les personnes physiques que ce dernier concept a été imaginé et non pas les personnes morales du XXI^e siècle⁵⁴.

⁵⁰ David Hess & Cristie Ford, « Corporate Corruption and Reform Undertakings: A New Approach to an Old Problem », (2008) 41(2) *Cornell International Law Journal* 307, p. 317;

⁵¹ Brent Fisse & John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability (Theories of Institutional Design)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 74;

⁵² John Braithwaite, *supra*, note 27, p. 141;

⁵³ Michael C. Jensen & William H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure », (1976) 3 *Journal of Financial Economics* 305;

⁵⁴ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, pp. 73-74;

En plus du fait que les décisions prises par les personnes physiques ou morales sont influencées par un éventail de facteurs, elles ne disposent même pas de certains des renseignements qui leur seraient nécessaires afin de procéder à une telle analyse coût-bénéfice⁵⁵. En fait, plusieurs éléments clés ou variables sont inconnus au moment de faire un choix ce qui rend toute telle analyse inexacte. On pense par exemple au risque de détection par l'organisme d'application de la loi, au risque qu'une sanction soit effectivement imposée et à l'intensité même de cette dernière. Compte tenu de tout ce qui précède et de l'impossibilité de précisément calculer le risque, l'agent s'en remettra à une approche moins sophistiquée :

A customary response to the uncertainty and impracticality of trying to make optimal cost-benefit decisions is to act on the basis of practical 'rules of action' or rules of thumb. A rule of action or rule of thumb approach is widely used as a mechanism of social control in order to avoid the need to make difficult and unreliable probabilistic calculations about economic and non economic incentives.⁵⁶

Dans un monde idéal, tous les manquements commis seraient détectés et tous les contrevenants seraient poursuivis et sanctionnés et ne tireraient aucun avantage personnel de ces manquements. Il est toutefois irréaliste de penser qu'un tel objectif puisse être atteint et ce, sans égard aux ressources investies et à l'intensité des efforts déployés. C'est ainsi que les organismes d'application de la loi doivent concevoir et déployer des stratégies basées sur les risques et disposer d'outils qui vont encourager les personnes à se conformer aux règles applicables et d'outils qui vont les décourager de ne pas s'y conformer. Les mesures d'application de la loi font partie de ces outils en ce qu'elles influencent les personnes qui pourraient être tentées de ne pas respecter les règles, mais aussi celles qui croient en la conformité⁵⁷. Des recherches suggèrent en effet que l'application de la loi est un facteur

⁵⁵ La rationalité limitée proposée par Herbert Simon tient notamment compte du fait que l'agent économique ne dispose pas de toute l'information nécessaire afin de prendre une décision optimale. Voir à ce effet: H. Simon, *supra*, note 42;

⁵⁶ Brent Fisse, « Reconditioning Corporate Leniency: The Possibility of Making Compliance Programmes a Condition of Immunity » dans Caron Beaton-Wells and Christopher Tran, *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age Leniency Religion*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 13-14;

⁵⁷ M. Welsh, *supra*, note 18, pp. 134-135;

important afin de dissuader les personnes susceptibles de commettre des manquements et de favoriser la conformité⁵⁸.

Les organismes d'application de la loi tentent donc, tant bien que mal, d'influencer ce calcul par diverses stratégies et par l'application de mesures dissuasives ou incitatives. Bien entendu, il ne s'agit pas d'une science exacte d'autant plus que ce calcul de risques est lui-même imprécis, incomplet et forcément inexact.

⁵⁸ Joseph Zubcic & Robert Sims, « Examining the link between enforcement activity and corporate compliance by Australian companies and the implications for regulators », (2011) 53-4 *International Journal of Law and Management* 299, p. 307;

Chapitre 2 - La sanction des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales

Les sanctions imposées aux personnes physiques responsables des manquements commis par des personnes morales servent deux objectifs différents, bien que complémentaires⁵⁹: dissuader et assurer la responsabilité individuelle⁶⁰. La dissuasion aura un impact *ex ante* en ce qu'elle vise à prévenir que des manquements soient commis alors que la responsabilité aura un impact *ex post* en ce qu'elle vise à ce que la personne responsable réponde des manquements commis.

En plus de chercher à dissuader et assurer la responsabilité individuelle, les sanctions imposées à ces personnes physiques visent aussi à maintenir (certains diraient « à restaurer ») la confiance du public dans notre système judiciaire et, dans le cas qui nous intéresse, dans l'industrie des services financiers. Comme le mentionnait en 2015 la procureure générale adjointe des États-Unis, Sally Q. Yates :

One of the most effective ways to combat corporate misconduct is by seeking accountability from the individuals who perpetrated the wrongdoing. Such accountability is important for several reasons: it deters future illegal activity, it incentivizes changes in corporate behavior, it ensures that the proper parties are held responsible for their actions, and it promotes the public's confidence in our justice system.⁶¹

Toutefois, des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels rendent la recherche de la responsabilité des personnes physiques particulièrement difficile. Les scandales et crises financières témoignent de ces difficultés et peuvent laisser penser que seules les personnes morales font l'objet de sanctions. Cette situation alimente le cynisme de la population, des médias et de la classe politique et banalise l'importance du rôle que joue par ailleurs l'application

⁵⁹ C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 284;

⁶⁰ *Id.*, p. 281;

⁶¹ Sally Q. Yates, *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 2015, p. 1; Voir au même effet: J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 14;

de la loi à l'encontre des personnes morales, notamment à titre de vecteur de modification des comportements et pratiques.

Ce chapitre s'intéresse tout d'abord à l'importance de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales et aux conséquences qui résultent de la difficulté qu'ont les organismes d'application de la loi à y parvenir. Nous discutons par la suite des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels auxquels les organismes d'application de la loi doivent faire face et de certaines pistes de solutions proposées par les commentateurs ou mises de l'avant par des organismes d'application de la loi.

A. L'importance de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par des personnes morales et les conséquences qui découlent de la difficulté à y parvenir

Il est impossible de favoriser les comportements éthiques et de prévenir les manquements dans l'industrie des services financiers en l'absence d'un cadre réglementaire efficace et d'une structure de gouvernance robuste. Il s'agit là d'éléments clés sans lesquels il est impossible d'endiguer les comportements répréhensibles. Ces éléments, bien que nécessaires, ne sont pas suffisants. Un troisième élément est essentiel afin que le régime puisse jouer son rôle : les individus doivent être responsables des gestes qu'ils posent⁶². L'importance de focaliser sur la recherche de la responsabilité des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales ne fait aucun doute lorsqu'on cherche à favoriser les comportements éthiques et à prévenir les manquements.

To paraphrase a well-known slogan, corporations don't commit crimes, people do.
And it's the people who ought to be punished, because individuals can be held

⁶² Christine Lagarde, *The Role of Personal Accountability in Reforming Culture and Behavior in the Financial Services Industry*, International Monetary Fund, November 5, 2015. En ligne: <https://bit.ly/3c4WCyU>;

responsible for what they do, and their behavior can be modified by the experience.⁶³

Malgré l'importance qu'elle revêt, la recherche de la responsabilité des personnes physiques à l'origine des manquements commis par les personnes morales semble trop souvent avoir été laissée de côté à la faveur de la recherche de la responsabilité de ces dernières⁶⁴. Un tel raccourci a pour effet de substituer la responsabilité individuelle par la responsabilité corporative⁶⁵ et mène à une sous-utilisation de la responsabilité individuelle⁶⁶ ainsi qu'à son affaiblissement et même à son érosion⁶⁷. Pour certains, la responsabilité individuelle dans le contexte des manquements commis par des personnes morales serait même devenue l'exception plutôt que la règle⁶⁸.

[T]he SEC has the power to leave dishonest company executives "naked, homeless and without wheels," but often the SEC does not, choosing instead to settle cases without impressive sanctions against the individuals involved, leaving the suspicion that executives may have walked away from the settlement table with substantial wealth still in their pockets.⁶⁹

En plus d'avoir un impact sur la responsabilité individuelle, ce raccourci a aussi un impact en matière de dissuasion. On l'a vu, la vraisemblance qu'un manquement soit détecté et sanctionné a une influence importante dans la décision de commettre ou non un manquement. La personne physique sera dissuadée si elle perçoit que le manquement sera détecté et qu'une sanction lui sera imposée (plutôt qu'une sanction à l'encontre de la personne morale). Le contraire est aussi

⁶³ Joseph R. Biden, « The Challenge of Institutional Responsibility », (1986) 23 *Am. Crim. L. Rev.* 243;

⁶⁴ Brent Fisse, « Corporations, Crime and Accountability », (1995) 6:3 *Current Issues in Criminal Justice* 378, p. 378; C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 295;

⁶⁵ Brent Fisse, « Corporations, Crime and Accountability - Paper given for the Eighth International Conference for the Society for the Reform of Criminal Law », Hong Kong, 1994, p. 378;

⁶⁶ Brent Fisse & John Braithwaite, « The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability », (1988) 11 *Sydney L. Rev.* 468;

⁶⁷ B. Fisse, *supra*, note 64, p. 378;

⁶⁸ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 473;

⁶⁹ D. C. Langevoort, *supra*, note 38, p. 654;

vrai. Si elle perçoit que ce risque est faible ou inexistant (puisque c'est la personne morale en supportera éventuellement les conséquences), elle ne sera que peu ou pas dissuadée⁷⁰.

La sous-utilisation de la responsabilité individuelle a aussi pour effet d'accroître le problème d'agence qui existe entre les personnes morales et leurs dirigeants et employés et qui résulte du fait qu'ils peuvent ne pas partager les mêmes objectifs. Le fait que seule la personne morale supporte ultimement le risque d'être sanctionnée pour les manquements commis encourage les personnes physiques à poursuivre leurs intérêts personnels plutôt que ceux de la personne morale et, dans certains cas, à poser des gestes qui leur permettent d'atteindre leurs objectifs de rendement ou d'autrement en tirer des avantages personnels⁷¹. Elle encourage ainsi la prise de risques (parfois excessive) susceptibles de mener à un enrichissement important de la personne physique puisque les éventuelles conséquences seront supportées par d'autres qu'elle⁷².

La sous-utilisation de la responsabilité individuelle mène, d'une part, à une remise en question de la légitimité des règles applicables et, d'autre part, à une banalisation et même à une acceptabilité⁷³ des comportements qui leur contreviennent. Il en est ainsi puisque les personnes physiques peuvent ne pas se sentir moralement obligées de respecter des règles qui ne sont pas appliquées ou qui sont appliquées d'une façon qu'ils croient inéquitable⁷⁴.

La sous-utilisation de la responsabilité individuelle a aussi un impact délétère sur la confiance du public dans notre système judiciaire et, dans le cas qui nous intéresse, dans l'industrie des services financiers.

⁷⁰ David M. Uhlmann, « The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution », (2016) 49 *U.C.D. L. Rev.* 1235, p. 1272;

⁷¹ S. Oded, *supra*, note 40, pp. 73-74;

⁷² Claire A. Hill & Richard W. Painter, *Better bankers, better banks: Promoting good business through contractual commitment*, Chicago, University of Chicago Press, 2015, p. 80;

⁷³ G. Gilchrist, *supra*, note 34, pp. 349, 387;

⁷⁴ D. Hess & C. Ford, *supra*, note 50, p. 322;

The question of executive accountability is a vexing one that leads to public mistrust of government and financial firms, engendering the perception that the system is rigged so that those with great wealth can easily avoid meaningful enforcement of the law.⁷⁵

La responsabilité individuelle est perçue dans les sociétés occidentales comme étant la pierre d'assise d'un contrôle social nécessaire (ou à tout le moins hautement souhaitable)⁷⁶ et les individus, en tant qu'acteurs fondamentaux de la société, doivent être responsables des gestes qu'ils posent⁷⁷: « The just allocation of fault is an essential ingredient in building a credible, healthy society »⁷⁸.

C'est pourquoi les derniers scandales et crises financières ainsi que l'incapacité relative des organismes d'application de la loi à faire en sorte que les personnes physiques responsables des manquements commis soient tenues responsables des gestes répréhensibles posés a contribué au cynisme de la population, à une crise de confiance et, selon certains auteurs, à du populisme⁷⁹.

A well-functioning legal system must be perceived as legitimate. The consistent failure to hold high level executives accountable for high-profile corporate misdeeds amounts to legal expressions at odds with public values and corrodes the perceived legitimacy of the legal system.⁸⁰

La crise financière de 2008 a sans aucun doute eu pour effet d'exacerber cette crise de confiance d'autant plus qu'un certain nombre de ténors ont déploré l'incapacité des organismes

⁷⁵ Peter J. Henning, « Making Sure 'The Buck Stops Here': Barring Executives for Corporate Violations », (2012) *Wayne State University Law School Research Paper No. 2012-12*, p. 6;

⁷⁶ B. Fisse, *supra*, note 56, pp. 10, 15;

⁷⁷ C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 278;

⁷⁸ Tony McAdams & C. Burk Tower, « Personal Accountability in the Corporate Sector », (1978) 16 *American Business Law Journal* 67, p. 67; Voir au même effet: J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 6;

⁷⁹ G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 337;

⁸⁰ *Id.*, p. 350;

d'application de la loi de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis.

Malgré cette prise de conscience et l'ensemble des mesures mises en place depuis, de nombreux exemples récents de manquements importants commis par des institutions financières permettent de penser que la situation ne s'est pas améliorée ou qu'elle ne s'est pas améliorée suffisamment. Il en est ainsi puisque, trop souvent encore aujourd'hui, ce sont les personnes morales qui sont sanctionnées pour les manquements commis. On leur impose généralement des sanctions monétaires (parfois extrêmement importantes), mais leurs dirigeants et employés ne sont que trop rarement sanctionnés.

On pourrait donc penser que, malgré la multiplication des exigences législatives et réglementaires découlant de la crise financière de 2008, le droit n'a pas encore su influencer de façon significative le comportement des acteurs de l'industrie des services financiers⁸¹. Un auteur est même plutôt pessimiste pour la suite des choses: « Instead, these are developments to watch that may help explain why prosecutions of senior managers are becoming a relic »⁸².

C'est sans surprise qu'un sondage Harris réalisé en 2016 a révélé que seulement 36% des Américains étaient d'avis que le secteur financier avait une bonne réputation (ce qui constitue toutefois une amélioration par rapport au creux de 11% en 2009)⁸³. Un sondage PositiveMoney réalisé en 2018 révèle pour sa part que 66% des Britanniques croient que les banques ne travaillent pas dans l'intérêt supérieur de la société britannique et que 63% d'entre eux craignent que les banques provoquent une nouvelle crise financière⁸⁴.

⁸¹ C. A. Hill & R. W. Painter, *supra*, note 72, p. 2;

⁸² Peter J. Henning, « Why It Is Getting Harder to Prosecute Executives for Corporate Misconduct », (2017) 41 *Vt. L. Rev.* 503, p. 509;

⁸³ <https://bit.ly/3cbjexE>;

⁸⁴ <https://positivemoney.org/2018/08/british-public-dont-trust-banks/>;

De tels constats sont préoccupants. L'industrie des services financiers joue un rôle crucial dans la société en ce qu'elle favorise une allocation optimale des capitaux et permet à l'économie d'atteindre son potentiel de croissance à long terme. Dans ce contexte, et compte tenu de son importance, il est essentiel que le public ait confiance en cette industrie et ses acteurs. Si elle n'est pas en mesure de maintenir (ou de restaurer) la confiance du public, elle pourrait à terme ne plus être en mesure d'accomplir ses fonctions essentielles⁸⁵ et de jouer son rôle efficacement.

Les scandales et crises financières, l'attitude générale et le comportement des acteurs de l'industrie des services financiers et l'inefficacité relative des solutions disponibles ont mis en lumière la nécessité de considérer des mécanismes favorisant la recherche de la responsabilité individuelle⁸⁶.

The personal accountability movement is a product of many factors, including defective products, campaign funding scandals, bribery abroad, bureaucratic "buck-passing," the perceived insensitivity of business to social problems, and the ineffectiveness of past remedies.⁸⁷

Il en est ainsi puisque, malgré les difficultés rencontrées, la recherche de la responsabilité des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales demeure essentielle afin de dissuader⁸⁸, de favoriser la responsabilité individuelle, de prévenir d'éventuels manquements et de restaurer la confiance du public dans notre système judiciaire et dans l'industrie des services financiers⁸⁹.

Personal accountability is clearly a key to the restoration of public confidence in business, as sanctions imposed against the corporate entity are often ineffective and inequitable. A successful and just policy dictates that guilt be placed directly on the individual actors responsible for the wrongdoing.⁹⁰

⁸⁵ C. A. Hill & R. W. Painter, *supra*, note 72, p. 12;

⁸⁶ T. McAdams & C. B. Tower, *supra*, note 78, p. 79;

⁸⁷ *Ibid.*;

⁸⁸ International Organization of Securities Commissions, *supra*, note 27, p. 39;

⁸⁹ Brandon L. Garrett, « Declining Corporate Prosecutions », (2020) 57 *American Criminal Law Review* 109, p. 129;

⁹⁰ T. McAdams & C. B. Tower, *supra*, note 78, p. 79;

B. Les obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels rencontrés par les autorités dans la recherche de la responsabilité des personnes physiques

Pourquoi est-il si difficile de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales? Les raisons sont nombreuses, variées et complexes :

These difficulties include: enforcement overload; opacity of internal lines of corporate accountability; expendability of individuals within organisations; corporate separation of those responsible for the commission of past offences from those responsible for the prevention of future offences; and corporate safe-harboring of individual suspects.⁹¹

Plusieurs obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels peuvent expliquer cet état de fait. Ultiment, ils convergent tous vers la difficulté de recueillir et d'administrer la preuve nécessaire à l'imposition de telles sanctions.

Le régime juridique applicable est, en lui-même, susceptible de rendre complexe la recherche de sanctions à l'encontre des personnes physiques. Par exemple, dans plusieurs juridictions, les dirigeants et employés ne peuvent être tenus responsables que lorsque la preuve est faite qu'ils ont commis ou participé à des gestes illégaux, qu'ils ont aidé à ce que ces gestes soient commis (« aiding and abetting ») ou qu'ils ont commandé ou autorisé de tels gestes. Le simple comportement fautif d'un subordonné n'est en général pas suffisant pour engager la responsabilité personnelle d'un dirigeant⁹². Dans certains cas, la preuve d'une intention spécifique est nécessaire. Il ne s'agit donc pas d'une mince affaire. Les règles de preuve et d'administration de la preuve applicables jouent aussi un rôle important. La nature de la preuve requise, son caractère parfois complexe et technique, la difficulté de l'obtenir et le fardeau de

⁹¹ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 66;

⁹² T. McAdams & C. B. Tower, *supra*, note 78;

preuve à rencontrer sont autant de facteurs qui font en sorte qu'il est difficile de rechercher la responsabilité des personnes physiques.

En plus des contraintes qui résultent du régime juridique applicable, des éléments organisationnels rendent difficile la recherche de la responsabilité des personnes physiques. La taille et la complexité des organisations modernes, l'opacité de leurs structures et la capacité de rendre obscure pour tout observateur externe la responsabilité interne rendent difficile l'identification des personnes physiques responsables des manquements commis, occultent leur rôle et, de ce fait, les protègent⁹³. Ainsi, il peut être difficile pour les organismes d'application de la loi de même identifier les personnes physiques qui devraient être tenues responsables des manquements commis⁹⁴. Même dans les cas où il est évident que les manquements commis sont le fait de certains dirigeants ou employés, il peut être extrêmement complexe, sinon impossible, de savoir qui savait quoi et à quel moment⁹⁵. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne les cadres supérieurs qui ne sont pas impliqués dans les opérations quotidiennes et qui sont éloignés de celles-ci par quelques niveaux de gestionnaires intermédiaires et de premier niveau. Ces derniers ou des employés subalternes⁹⁶ sont plus susceptibles de faire les frais de mesures d'application de la loi et d'être éventuellement sanctionnés⁹⁷.

The growth of giant corporations with their multiple layers of bureaucratic responsibility has significantly complicated the critical process of fixing blame. The

⁹³ Aleksandra Jordanoska, « Regulatory enforcement against organizational insiders: Interactions in the pursuit of individual accountability », (2019) *Regulation & Governance* 10.1111 / rego.12280, 0, 0, p. 2;

⁹⁴ C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 296; D. Uhlmann, *supra*, note 70, p. 1280; J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, pp. 72-73;

⁹⁵ Brandon L. Garrett, « The Corporate Criminal as Scapegoat », (2015) 101 *Virginia Law Review* 1789, p. 1826; S. Oded, *supra*, note 40, p. 52;

⁹⁶ Certains auteurs s'inquiètent que la volonté de rechercher plus activement la responsabilité des personnes physiques responsables des manquements commis par la personne morale puisse mener à un plus grand nombre de recours à l'encontre d'employés subalternes. Un système où les dirigeants responsables ne sont pas sanctionnés mais où ce sont plutôt des employés subalternes qui le sont n'a aucun effet dissuasif sur les dirigeants (qui réalisent que d'autres qu'eux supportent les conséquences des manquements commis) et affecte sans contredit la confiance du public dans le système judiciaire et la règle de droit puisque le système est perçu comme étant arbitraire, inéquitable et biaisé en faveur des mieux nantis. Voir à cet effet : G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 339;

⁹⁷ P. J. Henning, *supra*, note 82, p. 508; P. J. Henning, *supra*, note 75, p. 26;

faceless quality of contemporary bureaucracies has had an important, though largely unexplored, impact on law enforcement.⁹⁸

Le fait pour une personne morale d'avoir des activités dans plusieurs juridictions et que certaines des personnes physiques responsables puissent être situées (ou avoir été relocalisées) à l'étranger rend aussi la recherche de leur responsabilité plus difficile⁹⁹.

En plus des contraintes imposées par le régime juridique applicable et par les éléments organisationnels, des éléments opérationnels rendent difficile la recherche de la responsabilité des personnes physiques.

Les enquêtes que mènent de nos jours les organismes d'application de la loi portent sur des opérations complexes, techniques et sophistiquées (par exemple en ce qui concerne des manquements de nature économique, financière ou comptable ou en matière de valeurs mobilières¹⁰⁰) qui requièrent la cueillette et l'analyse d'une quantité imposante d'éléments de preuve incluant, de plus en plus fréquemment, des millions de fichiers et documents¹⁰¹ sur support technologique.

As a result, investigators often must reconstruct what happened based on a painstaking review of corporate documents, which can number in the millions, and which may be difficult to collect due to legal restrictions.¹⁰²

C'est ainsi que Peter Cory et Marilyn Pilkington soulignent à juste titre, dans un contexte canadien, à quel point les enquêtes en matière de valeurs mobilières peuvent être difficiles. Ils précisent que de telles enquêtes requièrent la connaissance de formes complexes et évolutives

⁹⁸ T. McAdams & C. B. Tower, *supra*, note 78, p. 67;

⁹⁹ C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 297;

¹⁰⁰ Cristie Ford, « Toward a New Model for Securities Law Enforcement », (2005) 57:3 *Admin L Rev* 757, p. 24;

¹⁰¹ *Ibid.*;

¹⁰² S. Q. Yates, *supra*, note 61;

de valeurs mobilières, l'expertise de juricomptables hautement spécialisés, l'analyse minutieuse de masses de documents et l'utilisation de technologies de l'information sophistiquées¹⁰³.

On reconnaît que les manquements de cette nature sont complexes et, dans certains cas, beaucoup plus complexes que les manquements enquêtés par d'autres organismes d'application de la loi. En ce sens, ils nécessitent un investissement de temps, d'énergie et d'efforts beaucoup plus important de la part des organismes d'application de la loi¹⁰⁴.

[E]conomic crimes are far more complex than most other federal offenses. The events in issue usually have occurred at a far more remote time and over a far more extensive period. The "proof" consists not merely of relatively few items of real evidence but a large roomful of often obscure documents. In order to try the case effectively, the Assistant United States Attorney must sometimes master the intricacies of a sophisticated business venture.¹⁰⁵

Les démarches des organismes d'application de la loi seront dans certains cas rendues encore plus complexes du fait que des experts et spécialistes auront au préalable opiné quant au caractère adéquat des pratiques en place ou des gestes posés et offert leur assurance à cet effet¹⁰⁶. De telles opinions pourraient même dans certaines circonstances donner ouverture à des moyens de défense.

On remarque en parallèle une augmentation substantielle du nombre d'avocats qui se spécialisent dans la défense des personnes physiques à qui de tels manquements sont reprochés (« white collar »). Certains avancent l'hypothèse selon laquelle des revers subis par les organismes d'application de la loi résulteraient directement de l'importance et de l'efficacité des

¹⁰³ Peter de C. Cory & Marilyn L. Pilkington, « Critical Issues in Enforcement » dans *Canada Steps Up, Report of the Task Force to Modernize Securities Legislation in Canada*, Volume 6, 2006, p. 201;

¹⁰⁴ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 494; Voir au même effet: J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 113;

¹⁰⁵ Stephen V. Wilson & A. Howard Matz, « Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods », (1977) 14 *American Criminal Law Review* 651, p. 651;

¹⁰⁶ B. L. Garrett, *supra*, note 95, p. 1824; P. J. Henning, *supra*, note 82, p. 507;

ressources investies dans la défense de ces dossiers¹⁰⁷. L'expertise en défense et les ressources disponibles¹⁰⁸ (parfois quasi illimitées) pour contester des procédures de cette nature rendent plus difficile la recherche de la responsabilité des personnes physiques.

À l'opposé, les ressources des organismes d'application de la loi, elles, ne sont pas illimitées alors que leur champ d'action peut parfois leur sembler l'être. Les ressources allouées à l'application de la loi par ces organismes sont forcément limitées et déjà extrêmement sollicitées dans un contexte où des ressources de plus en plus importantes sont nécessaires afin de pouvoir faire toute la lumière sur ces opérations complexes, techniques et sophistiquées. Certains avancent l'hypothèse selon laquelle les ressources limitées dont disposent les organismes d'application de la loi pourraient les inciter à accepter des ententes de règlements plutôt favorables aux personnes visées¹⁰⁹ ou à privilégier des cibles perçues comme étant plus faciles plutôt que celles susceptibles d'offrir une opposition vigoureuse, prolongée et coûteuse¹¹⁰.

Le simple fait de s'intéresser à une personne physique plutôt qu'à une personne morale rend plus difficile la tâche des organismes d'application de la loi. Il est raisonnable de penser qu'il est plus facile de convaincre les dirigeants ou administrateurs d'une personne morale d'acquiescer à une sanction monétaire que de convaincre une personne physique d'accepter de douloureuses sanctions et les conséquences personnelles et professionnelles qui en résultent pour elle¹¹¹. Certains avancent l'hypothèse que l'éventualité de procédures vigoureusement contestées et pouvant mener à des résultats défavorables hautement médiatisés pourrait parfois avoir une influence sur la décision même d'intenter ces procédures¹¹².

¹⁰⁷ B. L. Garrett, *supra*, note 95, p. 1829;

¹⁰⁸ P. J. Henning, *supra*, note 75, p. 15;

¹⁰⁹ Donald C. Langevoort, *Selling Hope, Selling Risk: Corporations, Wall Street, and the Dilemmas of Investor Protection*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 46;

¹¹⁰ C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 289; Voir au même effet: J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 28;

¹¹¹ D. C. Langevoort, *supra*, note 38, p. 654; A. Jordanoska, *supra*, note 93, p. 10; D. C. Langevoort, *supra*, note 109, p. 150;

¹¹² D. C. Langevoort, *supra*, note 109, p. 150;

Les démarches des organismes d'application de la loi pourraient être rendues encore plus complexes par la posture que prendra la personne morale vis-à-vis la personne physique¹¹³. On peut en effet penser que les parties (organismes d'application de la loi, personne morale et personne physique) qui collaboreront le mieux obtiendront le meilleur résultat et ce, au détriment de celle qui n'aura pas réussi à obtenir une telle collaboration. Il est évident qu'une personne morale a un intérêt dans les démarches entreprises à l'encontre de ses dirigeants ou employés. La décision de soutenir ou non ces derniers aura un impact considérable sur le résultat qu'obtiendra l'organisme d'application de la loi¹¹⁴. Des recherches démontrent en effet qu'il devient beaucoup plus difficile pour ceux-ci de rechercher avec succès la responsabilité des personnes physiques lorsque les personnes morales choisissent de les soutenir et joignent leurs efforts aux leurs :

The firm's support critically advantages the individual's position and resources, and by extension, increases the challenges put forward to regulators. Individuals under enforcement scrutiny are confronted with an "asymmetry of resources," and if they are "dealing completely on their own self without a firm's support and financial resources, will be very significantly disadvantaged". In the worst scenarios, the lack of corporate support may highly detriment the individual if they are used to deflect from the responsibility of the firm or of more senior organizational members.¹¹⁵

Les chances de succès de l'organisme d'application de la loi ne dépendent donc pas que des décisions qu'il prend ou de la façon dont il réalise ses activités. Elles dépendent aussi de l'attitude qu'adopteront la personne morale et la personne physique¹¹⁶.

C'est dans ce contexte difficile où tous s'entendent sur l'importance de la responsabilité individuelle, mais reconnaissent les écueils associés à sa recherche que les organismes

¹¹³ Cette décision pourra être influencée par un large éventail de facteurs dont l'importance de cette personne physique pour la personne morale, l'impact de son éventuelle condamnation sur la réputation de la personne morale ou le rôle qu'elle peut jouer, ou non, dans la défense que cette dernière présentera à l'encontre des démarches entreprises par l'organisme d'application de la loi. Voir à cet effet : A. Jordanoska, *supra*, note 93, p. 8;

¹¹⁴ *Id.*, p. 6;

¹¹⁵ *Id.*, p. 7; Voir au même effet: J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 11;

¹¹⁶ A. Jordanoska, *supra*, note 93, p. 16;

d'application de la loi doivent évoluer au quotidien. Ces difficultés sont exacerbées par le regard critique, parfois même acerbe, que les médias, les commentateurs et le public en général portent à tort ou à raison sur leurs activités.

C. Survol de pistes de solutions considérées afin de favoriser la responsabilité des personnes physiques

Tous s'entendent sur un certain nombre de constats. Tout d'abord, il est important de rechercher la responsabilité des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales. Ensuite, des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels rendent cette tâche particulièrement difficile pour les organismes d'application de la loi. Ces derniers ne peuvent toutefois pas renoncer à s'en acquitter au motif qu'il s'agit d'une tâche difficile qui requiert un investissement de temps, d'énergie et d'efforts important¹¹⁷. Finalement, l'incapacité apparente des autorités à surmonter ces difficultés a contribué au cynisme de la population, des médias et de la classe politique.

C'est donc dans ce contexte difficile que des auteurs proposent de revoir les textes législatifs et réglementaires applicables et que des organismes d'application de la loi mettent de l'avant ou considèrent activement des approches novatrices afin de surmonter ces obstacles.

1. Approches proposées par les commentateurs afin de favoriser la recherche de la responsabilité individuelle

Les auteurs notent depuis plusieurs décennies que la législation en place ne permet pas de sanctionner et de dissuader adéquatement les personnes physiques¹¹⁸. C'est afin de remédier à la situation que des auteurs proposent diverses avenues législatives. L'objectif de ce mémoire n'est pas d'en dresser un inventaire exhaustif, de procéder à leur analyse ou d'en commenter la

¹¹⁷ D. Uhlmann, *supra*, note 70, p. 1279;

¹¹⁸ J. Biden, *supra*, note 63;

pertinence, l'efficacité ou la faisabilité. Un tel exercice pourrait très bien, en lui-même, faire l'objet d'une étude distincte. Nous nous limiterons à en brosser un tableau à haut niveau.

Afin de favoriser la recherche de la responsabilité individuelle et d'avoir un effet dissuasif, certains auteurs proposent d'adopter des dispositions législatives permettant de sanctionner le défaut de supervision pour certains manquements de nature commerciale ou financière¹¹⁹. Il pourrait par exemple être possible de tenir les personnes physiques responsables de manquements commis sous leur responsabilité sans devoir établir qu'ils ont été impliqués ou même qu'ils étaient au courant des gestes répréhensibles posés. On parle de « managerial accountability for the violations of others based on the person's position in the organization¹²⁰ ». La crainte d'être éventuellement tenu responsable de tels manquements aurait certainement pour effet d'inciter les dirigeants à s'assurer que la personne morale se conforme aux exigences applicables et à éviter que les employés ne soient incités, volontairement ou involontairement, à commettre des manquements¹²¹.

D'autres proposent, comme dans certains domaines spécifiques, d'édicter des infractions de responsabilité stricte¹²² imposant une responsabilité en l'absence même d'une preuve de participation ou d'une intention spécifique. On note toutefois que peu de telles règles existent et que la majorité des infractions requiert toujours une preuve de connaissance ou un caractère intentionnel¹²³.

D'autres focalisent plutôt sur les administrateurs puisque ces derniers se trouveraient en excellente position afin d'inciter la personne morale à prendre les mesures nécessaires afin que les personnes physiques responsables des manquements commis en soient ultimement tenues

¹¹⁹ Brandon L. Garrett, « Individual and Corporate Criminals » dans Jennifer Arlen, *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 54;

¹²⁰ P. J. Henning, *supra*, note 75, p. 30;

¹²¹ *Id.*, p. 8;

¹²² J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, pp. 123-125;

¹²³ Tracey L. Spiegelhoff, « Limits on Individual Accountability for Corporate Crimes », (1984) 67 *Marq. L. Rev.* 604;

responsables. Il est toutefois loin d'être évident qu'il est à leur avantage et dans leur intérêt de le faire. Une façon de favoriser une telle redistribution de la responsabilité serait donc d'en imposer la responsabilité aux administrateurs¹²⁴. On rencontre généralement des dispositions de cette nature en matière de santé et sécurité au travail et en matière environnementale¹²⁵. Au Québec, l'article 115.40 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹²⁶ prévoit par exemple que lorsqu'une personne morale ou un employé de celle-ci commet une infraction à la loi ou à ses règlements, l'administrateur ou le dirigeant de cette personne morale est présumé avoir commis lui-même cette infraction, à moins qu'il n'établisse qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration.

2. Approches mises de l'avant par les organismes d'application de la loi afin de favoriser la recherche de la responsabilité individuelle

On assiste de plus à l'adoption de régimes qui favorisent la recherche de la responsabilité individuelle en clarifiant les rôles et responsabilités, en imposant des obligations aux personnes morales et personnes physiques, en requérant une cartographie des responsabilités, en insistant sur le rôle des cadres supérieurs ou en prévoyant même leur responsabilité individuelle.

On pense par exemple au « Senior Managers and Certification Regime » (« SM&CR ») mis de l'avant au Royaume-Uni tant par la UK Financial Conduct Authority (la « UK FCA ») que par la UK Prudential Regulation Authority¹²⁷ (la UK PRA »), au « Senior Executive Accountability Regime » mis de l'avant par la Banque centrale d'Irlande¹²⁸, aux « Guidelines on Individual Accountability

¹²⁴ D. C. Langevoort, *supra*, note 38, p. 657;

¹²⁵ Katrice Bridges Copeland, « The Yates Memo: Looking for 'Individual Accountability' in All the Wrong Places », (2017) 102 *Iowa Law Review* 1897, p. 1925;

¹²⁶ *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2;

¹²⁷ Bank of England, *Strengthening the link between seniority and accountability: the Senior Managers and Certification Regime*, 2018, p. 1. En ligne: <https://bit.ly/38gVI6J>;

¹²⁸ Seana Cunningham, *Enforcement and AML – our approach and priorities*, 13 septembre 2018. En ligne: <https://bit.ly/3sRXHAY>;

and Conduct » proposées par la Monetary Authority of Singapore¹²⁹ et au « Managers-in-Charge Regime » de la Hong Kong Securities and Futures Commission¹³⁰.

L'exemple du SM&CR mis de l'avant au Royaume-Uni est particulièrement intéressant par son approche, mais aussi parce qu'il a eu pour effet d'inspirer d'autres juridictions. C'est par l'entremise du *Financial Service (Banking Reform) Act 2013* que le parlement britannique a choisi de donner suite aux constats et recommandations du rapport de la Commission parlementaire sur les normes bancaires (formée dans la foulée du scandale du LIBOR) concluant qu'il avait été permis à plusieurs banquiers d'évoluer sans vraiment de responsabilité individuelle. Ce rapport de 2013 intitulé « Changing Banking For Good » notait que la complexité des structures et la diversité des activités des banques permettaient aux individus d'éluder leur responsabilité en prétendant ne pas avoir été au courant des comportements répréhensibles ou en se réfugiant derrière des processus décisionnels collectifs :

94. The complex structure and diverse activities of many large banks obscured senior executives' understanding of what was really going on in the businesses they were supposedly running. When conduct and risk failures came to light, this ignorance allowed many leaders to profess their shock at what had been happening, duck personal accountability and instead blame systems failures or rogue individuals. Many banks had a structure of cross-cutting functions and committees which meant that key decisions and risks were not owned by single executives but were shared, undermining a sense of individual responsibility.

95. Whether deliberate or not, ignorance and collective decision-making served to create what we described in questioning witnesses as an "accountability firewall" for senior executives.¹³¹

¹²⁹ Monetary Authority of Singapore, *Consultation Paper on Proposed Guidelines on Individual Accountability and Conduct*, 2018, p. 3. En ligne: <https://bit.ly/3qkjdg8>;

¹³⁰ Hong Kong Securities and Futures Commission, « Circular to Licensed Corporations Regarding Measures for Augmenting the Accountability of Senior Management », 2016. En ligne: <https://bit.ly/3c1qz2U>;

¹³¹ House of Lords & House of Commons, *Changing banking for good – Report of the Parliamentary Commission on Banking Standards*, Volume II, 2013, p. 122. En ligne: <https://bit.ly/2PFUndW>;

Il apparaissait impératif à la Commission d'inciter les cadres supérieurs à s'intéresser à ce qui se passe sous leur surveillance plutôt qu'à vouloir demeurer dans l'ignorance advenant le cas où le régulateur se manifesterait¹³². La Commission a donc recommandé d'établir et appliquer un cadre réglementaire favorisant leur responsabilité individuelle. C'est ainsi que le SM&CR a vu le jour¹³³. Ce régime prévoit trois séries de mesures : des mesures concernant les cadres supérieurs, des mesures en matière d'inscription et des mesures en matière de conduite commerciale (dont certaines s'appliquent spécifiquement aux cadres supérieurs) :

Senior Managers Regime (SMR): the most senior decision-makers, or Senior Managers, at the firm must be assessed as fit and proper, have clearly defined responsibilities and be subject to enhanced conduct requirements, including the duty to take reasonable steps in fulfilling their responsibilities.¹³⁴

En ce qui concerne les mesures relatives aux cadres supérieurs, le SM&CR prévoit notamment que chaque cadre supérieur doit faire l'objet d'une préapprobation par le régulateur avant de débiter l'exercice de ses fonctions et qu'il doit disposer d'un énoncé de responsabilités qui indique clairement ce dont il est responsable. Le SM&CR prévoit aussi que la société doit par ailleurs s'assurer qu'un cadre supérieur est effectivement responsable de chacune des fonctions et activités de l'entreprise et que ces responsabilités font partie de son énoncé de responsabilités.

En cas de manquement, l'organisme d'application de la loi doit, en vertu du SM&CR, établir que la société a commis un manquement, que la personne physique est la responsable principale des activités en question et qu'elle n'a pas pris les mesures raisonnables pour éviter ou empêcher la société de commettre le manquement en question. Il est intéressant de noter qu'il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité stricte ou de responsabilité du fait d'autrui. Au

¹³² *Id.*, p. 126;

¹³³ À terme, ce régime trouvera application à l'ensemble des sociétés assujetties au *Financial Services and Markets Act 2000* sans égard au secteur de l'industrie des services financiers dans lequel elles évoluent.

¹³⁴ Bank of England, *supra*, note 127, p. 1;

surplus, ce régime n'a pas pour objet de rendre les cadres supérieurs responsables des manquements commis par la société ou au sein de celle-ci. Leur responsabilité découle du fait de ne pas avoir pris les mesures raisonnables afin d'éviter ou empêcher que la société ne commette un manquement alors qu'elle en a effectivement commis un¹³⁵.

C'est d'ailleurs en vertu de ce régime que la UK FCA et la UK PRA ont imposé en mai 2018 une amende de plus de 642 000 £ au président-directeur général du groupe Barclays à qui il était reproché de ne pas avoir agi avec la compétence, le soin et la diligence requis dans sa réponse à une dénonciation anonyme reçue par Barclays¹³⁶. Ce dossier, le premier porté par la UK FCA et la UK PRA en vertu du SM&CR, démontre leur détermination à demander aux cadres supérieurs de rendre des comptes. Il confirme aussi que les règles s'appliquent tant aux plus grands joueurs qu'aux plus petits, répondant par le fait même à une critique formulée à l'encontre des organismes d'application de la loi¹³⁷.

Les commentateurs notent déjà les effets bénéfiques de cette nouvelle approche :

There can be little doubt that the dial has shifted. The risk of being investigated, and potentially the subject of enforcement actions, is more real for individuals working in the financial sector now than at any time in the past. It may be some time before we see the full effect of this playing out in public, But they are some interesting pointers as to the way things are changing from [the] recent cases brought by the regulators.¹³⁸

¹³⁵ Mark Steward, *The expanding scope of individual accountability for corporate misconduct*, New York University Program on Corporate Compliance and Enforcement, 31 mars 2017. En ligne: <https://www.fca.org.uk/news/speeches/expanding-scope-individual-accountability-corporate-misconduct>;

¹³⁶ Financial Conduct Authority, *FCA and PRA jointly fine Mr James Staley £642,430 and announce special requirements regarding whistleblowing systems and controls at Barclays*, 11 mai 2018. En ligne: <https://bit.ly/3e9e1t0>;

¹³⁷ Jamie Symington, « SMCR: Waking Up to Individual Accountability », (2019) *International Financial Law Review*. En ligne : <https://bit.ly/3cLbK4U>;

¹³⁸ *Ibid.*;

Au Canada, les efforts à cet égard demeurent timides¹³⁹.

Dans d'autres cas, les organismes d'application de la loi procèdent plutôt à une intensification des efforts d'application de la loi malgré les coûts importants associés à ces efforts et le fait que les ressources soient limitées.

On pense par exemple à la U.S. Securities and Exchange Commission (la « US SEC ») qui a choisi de placer la responsabilité individuelle au cœur de sa stratégie d'application de la loi et d'en faire l'un des cinq facteurs qu'elle considère dans l'évaluation de sa performance en la matière.

Il s'agit essentiellement d'une orientation en matière d'allocation de ressources qui, on s'en doute bien, s'avère coûteuse sur le plan des ressources humaines, matérielles et financières. Bien que ces coûts aient une incidence sur le nombre total de dossiers qui peuvent être menés au cours d'une année, la US SEC considère que les bénéfices pour les marchés qui résultent de l'effet dissuasif et de la responsabilité individuelle outrepassent ces coûts¹⁴⁰.

Holding individuals accountable for wrongdoing is a key pillar of any strong enforcement program. Institutions act only through their employees, and holding culpable individuals responsible for wrongdoing is essential to achieving our goals of general and specific deterrence and protecting investors by removing bad actors from our markets.¹⁴¹

¹³⁹ On en retrouve à peine une trace dans la ligne directrice du Bureau du surintendant des institutions financières sur la gouvernance d'entreprise, laquelle mentionne que le conseil d'administration et la haute direction d'une institution financière fédérale sont responsables en fin de compte de la sûreté et la solidité de cette dernière ainsi que de sa conformité à la législation fédérale. Voir à cet effet : Bureau du surintendant des institutions financières, « Ligne directrice sur la gouvernance d'entreprise », 2018, p. 12;

¹⁴⁰ Steven Peikin, *Keynote Address to the UJA Federation*, 15 mai 2018. En ligne: <https://www.sec.gov/news/speech/speech-peikin-051518>;

¹⁴¹ U.S. Securities and Exchange Commission, *Annual Report, Division of Enforcement* (2018), p. 2. En ligne: <https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2018.pdf>;

Ces efforts semblent déjà porter leurs fruits. Au cours des années fiscales 2017, 2018¹⁴², 2019¹⁴³ et 2020¹⁴⁴, c'est respectivement 73%, 72%, 69% et 72% des procédures intentées par la US SEC qui comportaient des accusations à l'encontre d'une ou de plusieurs personnes physiques. Parmi les personnes accusées, on retrouve notamment des cadres supérieurs d'émetteurs importants, dont le président-directeur général de Tesla, les anciens président-directeur général et directeur financier de Rio Tinto, l'ancien président-directeur général de Volkswagen, l'ancien président-directeur général de Nissan et d'anciens cadres supérieurs de Valeant Pharmaceuticals et de Goldman Sachs. On y retrouve aussi des personnalités publiques, dont un membre du Congrès américain et son fils ainsi qu'un joueur de football professionnel.

Au Canada, aucun régulateur ne s'est prononcé aussi formellement quant à sa volonté d'intensifier ses efforts d'application de la loi à l'encontre des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales. On remarque malgré tout une certaine intensification de tels efforts de la part de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario qui s'est par exemple assurée de sanctionner les dirigeants d'émetteurs dans le cadre des règlements intervenus dans les affaires Home Capital Group¹⁴⁵, Katanga Mining¹⁴⁶ et NextBlock Global Limited¹⁴⁷.

Nous croyons que ces deux composantes (adoption par les organismes d'application de la loi de régimes favorisant la recherche de la responsabilité individuelle et intensification des efforts d'application de la loi) sont nécessaires afin d'accroître la responsabilité individuelle tout en

¹⁴² U.S. Securities and Exchange Commission, *Annual Report, Division of Enforcement* (2018), p. 12. En ligne: <https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2018.pdf>;

¹⁴³ U.S. Securities and Exchange Commission, *Annual Report, Division of Enforcement* (2019), pp. 5-6. En ligne: <https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2019.pdf>;

¹⁴⁴ U.S. Securities and Exchange Commission, *Annual Report, Division of Enforcement* (2020), p. 4. En ligne: <https://www.sec.gov/files/enforcement-annual-report-2020.pdf>;

¹⁴⁵ *Home Capital Group Inc. (Re)*, 2017 ONSEC 32;

¹⁴⁶ *Katanga Mining Limited (Re)*, 2018 ONSEC 59;

¹⁴⁷ *NextBlock Global Limited and Alex Tapscott (Re)*, Settlement Agreement, 14 mai 2019. En ligne: https://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Proceedings-SET/set_20190409_nextblock-global.pdf;

assurant une utilisation efficace et efficiente des ressources humaines, matérielles et financières limitées dont disposent les organismes d'application de la loi. Une approche qui repose sur ces deux composantes est par ailleurs préconisée tant par les régulateurs nationaux du Royaume-Uni et de Hong Kong. Peut-être s'agit-il de la façon la plus susceptible d'assurer la responsabilité, de favoriser la dissuasion et de restaurer la confiance du public.

Si les résultats préliminaires favorables qui semblent découler des régimes et efforts déployés au Royaume-Uni et à Hong Kong se confirment sur une plus longue période, il y a fort à parier que de nombreux organismes d'application de la loi adopteront des cadres réglementaires favorisant la responsabilité individuelle et prioriseront les dossiers de cette nature dans leurs efforts d'application de la loi.

Chapitre 3 - La sanction des personnes morales

Après avoir ainsi traité de la sanction des personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales, nous nous intéresserons dans ce chapitre à la sanction des personnes morales. Nous expliquerons tout d'abord pourquoi les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales devraient être *complémentaires* à la recherche de la responsabilité des personnes physiques plutôt que des *substituts* à celle-ci. Il en est ainsi puisque leurs objectifs sont différents. Nous exposerons par la suite les défis et limites associés à l'outil de choix utilisé par les organismes d'application de la loi afin de sanctionner et dissuader les personnes morales, à savoir l'imposition de sanctions monétaires. Malgré ces défis et limites, nous soutiendrons que les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales demeurent pertinentes puisqu'elles mènent à une modification des comportements et pratiques et favorisent la redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis.

A. Le rôle complémentaire des mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales et des mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes physiques

Alors que les mesures d'application de la loi intentées à l'encontre des personnes physiques ont comme objectif de dissuader et d'assurer la responsabilité individuelle, celles intentées à l'encontre des personnes morales ont aussi comme objectif de l'inciter à mettre en place les mécanismes nécessaires afin d'éviter que de tels manquements se produisent ou ne se reproduisent¹⁴⁸.

The principal reason for this difference is that organizational offenders cannot exert self-control merely by individual self-denial. Self-denial on these offenders' parts must be embodied in corporate policy and backed by appropriate disciplinary measures and organizational procedures. Accordingly, under a scheme of corporate deterrence, punishment or a threat of punishment requires corporations to do more than merely exercise inhibition and self-restraint; they are expected to institute

¹⁴⁸ B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1160;

effective crime prevention policies, disciplinary controls and changes in standard operating procedures.¹⁴⁹

C'est ainsi que les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales devraient être considérées comme *complémentaires* à la recherche de la responsabilité des personnes physiques plutôt qu'à titre de *substituts*¹⁵⁰ à celle-ci. Règle générale, autant les personnes physiques que les personnes morales devraient donc être visées par des mesures d'application de la loi puisqu'il s'agit d'outils qui servent des fins différentes.

C'est à travers l'angle de la modification des comportements et pratiques (et non de la seule sanction rétrospective des manquements commis) que le prisme de l'application de la loi à l'encontre des personnes morales devrait être considéré. Certains auteurs parlent, dans un tel contexte, d'application de la loi « forward-looking » plutôt que « retrospective »¹⁵¹, « reactive » ou « ad hoc »¹⁵².

Une application de la loi soutenue (certains diraient « robuste ») aura des impacts significatifs sur les comportements et pratiques des personnes morales à la fois en induisant des comportements positifs et en décourageant les comportements négatifs. En effet, les personnes morales peuvent être sanctionnées de façon négative par des sanctions monétaires ou interdictions, mais elles peuvent aussi être sanctionnées de façon constructive par des mesures visant la modification de leurs comportements et pratiques¹⁵³. Cette approche fait donc appel à la possibilité qu'ont les personnes morales de mettre en place ou améliorer des mécanismes internes, de réduire les risques que des manquements ne soient à nouveau commis¹⁵⁴,

¹⁴⁹ *Ibid.*;

¹⁵⁰ Stephen M. Cutler, *Speech by SEC Staff*, 24th Annual Ray Garrett Jr. Corporate & Securities Law Institute, 29 avril 2004. En ligne: <https://www.sec.gov/news/speech/spch042904smc.htm>;

¹⁵¹ C. Ford, *supra*, note 100;

¹⁵² Roman A. Tomasic, « The Challenge of Corporate Law Enforcement: Corporate Law Reform in Australia and Beyond », (2006) 10 *University of Western Sydney Law Review* 1, p. 18;

¹⁵³ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 493.

¹⁵⁴ La possibilité que des mesures d'application de la loi soient intentées à l'encontre d'une personne morale l'incitera aussi, lorsque de tels manquements surviennent, à en faire part rapidement aux autorités, à mettre en

d'influencer leurs politiques ou leur culture et de favoriser l'atteinte d'objectifs d'éthique et de conformité (ce que les procédures à l'encontre des personnes physiques ne permettent pas nécessairement de faire). Elle repose donc sur l'hypothèse selon laquelle les incitatifs et désincitatifs qui résultent d'une application de la loi soutenue (« carrots and sticks ») favorisent la mise en place de meilleures pratiques corporatives¹⁵⁵.

En plus de réduire le risque que de tels manquements soient à nouveau commis en mettant la personne morale elle-même à contribution, cette approche permet aussi de le réduire en renforçant la recherche de la responsabilité individuelle des personnes physiques responsables des manquements commis¹⁵⁶. En effet, les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales favorisent leur collaboration, permettent plus facilement d'identifier et de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis et favorisent l'atteinte d'objectifs sociaux importants, dont celui de la responsabilité individuelle¹⁵⁷.

C'est pourquoi tant les personnes physiques que les personnes morales devraient être poursuivies. La justice ne serait pas bien servie dans les cas où seules les unes ou les autres le seraient. C'est parce qu'ils ont servi de substituts à la recherche de la responsabilité individuelle des personnes physiques (employés, dirigeants ou administrateurs) à l'origine des manquements commis que les recours intentés à l'encontre des personnes morales n'ont traditionnellement pas bonne presse.

place et appliquer des contrôles et procédures internes afin de les prévenir et même à sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis;

¹⁵⁵ Barry W. Rashkover, « Reforming Corporations through Prosecution: Perspectives from an SEC Enforcement Lawyer », (2004) 89 *Cornell L. Rev.* 535, p. 546;

¹⁵⁶ B. L. Garrett, *supra*, note 95, p. 1853;

¹⁵⁷ *Id.*, p. 1852;

B. Les défis et limites associés à la dissuasion des personnes morales

Bien qu'elles semblent à première vue moins aiguës qu'en ce qui concerne les personnes physiques, des difficultés pratiques ont aussi pour effet de réduire le risque que les personnes morales soient éventuellement sanctionnées pour des manquements commis. On pense notamment au fait que les ressources des organismes d'application de la loi ne soient pas illimitées, que certains manquements soient difficiles à détecter, qu'il peut exister une certaine incertitude quant à l'interprétation des règles applicables et que des obstacles de nature procédurale peuvent rendre difficile la recherche de la responsabilité des personnes morales¹⁵⁸.

Mais il y a pire. Même lorsque les efforts d'application de la loi portent leurs fruits, les résultats qui en découlent présentent eux-mêmes des limites importantes en matière de dissuasion.

Deterrence theory as applied to corporations punishes the innocent, creates a threshold price at which crime becomes efficient, and dictates overpunishment for corporations.¹⁵⁹

Il en est ainsi principalement parce que la sanction de choix des organismes d'application de la loi à l'encontre des personnes morales demeure l'imposition de sanctions monétaires.

L'imposition de sanctions monétaires à l'encontre des personnes morales offre des avantages pratiques indéniables : facilité relative d'en opérationnaliser l'imposition, la gestion et la perception, absence de nécessité de s'intéresser à ou de s'immiscer dans la gestion de la personne morale et financement des activités des organismes d'application de la loi. Cette approche fait toutefois l'objet de nombreuses critiques concernant son efficacité en matière de dissuasion et son caractère juste ou équitable¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Donald C. Langevoort, « Cultures of Compliance », (2017) 54 *Am. Crim. L. Rev.* 933, p. 938;

¹⁵⁹ M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 520;

¹⁶⁰ B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1215;

On note tout d'abord que l'imposition de sanctions monétaires aurait pour effet de fixer le prix des manquements que pourrait commettre une personne morale incitant celle-ci, par le fait même, à procéder à un calcul quant à l'opportunité de commettre ou non de tels manquements.

Another inadequacy of fines is that they convey the impression that permission to commit a crime may be bought for a price.¹⁶¹

Ce sera d'autant plus vrai dans les entreprises où la culture repose principalement sur des considérations économiques (maximisation des revenus et profits).

Un grand nombre d'auteurs soulignent de plus qu'il est peu probable que des sanctions monétaires à l'encontre d'une personne morale aient un réel effet dissuasif puisqu'il s'agit généralement du « cost of doing business », un coût qui est par ailleurs généralement assez bas¹⁶². Des exemples récents semblent malheureusement soutenir cette hypothèse. On constate par exemple que les grandes banques du monde entier ont payé 321 milliards de dollars américains d'amendes entre 2008 et 2017 pour une multitude de manquements réglementaires incluant le blanchiment d'argent, la manipulation de marchés et le financement d'activités terroristes.

Cela est d'autant plus vrai que, en ce qui concerne les émetteurs assujettis, les sanctions monétaires (pénalités) imposées représentent généralement une infime partie de leur capitalisation boursière (évaluée à en moyenne 0,04%)¹⁶³.

Afin d'éviter une telle banalisation des sanctions monétaires, on voudra donc s'assurer que les sanctions imposées soient significatives et conséquentes. Toutefois, les conséquences négatives

¹⁶¹ *Id.*, p. 1217; Voir au même effet: M. Diamantis, *supra*, note 2, pp. 524-525; G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 342;

¹⁶² Dorothy S. Lund & Natasha Sarin, « Corporate Crime and Punishment: An Empirical Study », (2020) *U of Penn Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-13*, p. 45; B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 66, p. 500;

¹⁶³ J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 63;

de l'imposition à des personnes morales de sanctions monétaires d'une telle ampleur sont importantes en ce qu'elles sont susceptibles de provoquer un effet de débordement et d'être ultimement supportées par des tiers innocents, dont les actionnaires¹⁶⁴, les employés, les créanciers¹⁶⁵, les fournisseurs et les consommateurs¹⁶⁶.

The corporation is like a sieve with very large holes; any fines flow through to individuals. It is difficult, then, to understand just how deterrence is supposed to work for corporations. In fact, available empirical evidence suggests that it does not—higher fines do not result in increased deterrence for corporate crime.¹⁶⁷

Un tel résultat apparaît d'autant plus injuste et inéquitable que ces tiers ne sont en général pas en mesure d'avoir un réel impact sur les comportements et pratiques de la personne morale et, par ce fait même, de prévenir d'éventuels manquements¹⁶⁸. Encore une fois, et malgré l'ampleur des sanctions monétaires imposées, il est peu probable que ces dernières aient un réel effet dissuasif puisque supportées par des tiers¹⁶⁹.

Dans d'autres cas, le montant de la sanction monétaire nécessaire afin de dissuader la personne morale pourrait être supérieur à sa capacité de payer.

A means must be devised to escape the deterrence trap – the situation where the only way to make it rational to comply with the law is to set penalties so high as to

¹⁶⁴ Les sanctions monétaires imposées aux personnes morales sont généralement supportées par les actionnaires qui sont eux aussi parfois (mais pas nécessairement) des victimes. Certains manquements exacerbent même cette situation. On peut par exemple penser aux manquements en matière d'information fausse ou trompeuse au terme desquels les actionnaires sont aussi des victimes. Ils sont donc victimes du manquement commis par la personne morale et victimes de la sanction monétaire qui lui est imposée. Voir à cet effet : D. C. Langevoort, *supra*, note 38, p. 632;

¹⁶⁵ Dans les cas où les sanctions monétaires imposées ont un impact sur le risque de défaillance de la personne morale. Voir à cet effet : M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 522;

¹⁶⁶ Dans certains cas, l'impact des sanctions monétaires imposées se répercutera à la hausse sur le prix des produits vendus. Voir à cet effet : M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 522; « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », (1979) 89(2) *The Yale Law Journal* 353, pp. 362-363;

¹⁶⁷ M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 524;

¹⁶⁸ G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 344; C. A. Hill & R. W. Painter, *supra*, note 72, p. 164;

¹⁶⁹ Il en serait aussi de l'importance des sanctions monétaires qui devraient être imposées à une personne morale afin qu'elles aient un effet dissuasif sur les personnes physiques qui y évoluent. Voir à cet effet : B. Fisse, *supra*, note 65, p. 499;

jeopardise the economic viability of corporations that are the lifeblood of the economy.¹⁷⁰

On a même soutenu qu'une sanction monétaire d'une telle ampleur imposée à une institution financière était susceptible de déclencher une crise systémique mettant l'ensemble du système financier en péril¹⁷¹.

À l'opposé, la législation limite parfois l'ampleur des sanctions monétaires qu'un organisme d'application de la loi peut imposer et, dans certains cas, cette limite est bien en deçà de ce qui serait nécessaire afin de dissuader la personne morale ou bien en deçà de sa capacité de payer¹⁷². Un auteur mentionne même à ce sujet que : « Perhaps many corporations have such deep pockets that they cannot be deterred by penalties provided in the law »¹⁷³.

Il est donc légitime de se demander s'il est effectivement possible d'efficacement dissuader les personnes morales par l'imposition de sanctions monétaires¹⁷⁴. Les données disponibles suggèrent plutôt que les sanctions monétaires imposées aux personnes morales ont une faible valeur dissuasive¹⁷⁵, que le niveau général de manquements commis par des personnes morales ne diminue pas en réponse à l'imposition d'une telle sanction et qu'un grand nombre des personnes morales sanctionnées vont récidiver¹⁷⁶.

Mais il y a pire. Des recherches démontrent même que le cours du titre d'un émetteur assujetti qui se voit imposer une sanction monétaire, même importante, va généralement s'apprécier

¹⁷⁰ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, p. 189;

¹⁷¹ J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, pp. 62-63

¹⁷² M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 526;

¹⁷³ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, p. 219;

¹⁷⁴ B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1218; G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 344; C. A. Hill & R. W. Painter, *supra*, note 72, p. 142;

¹⁷⁵ M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 549; « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », *supra*, note 166, p. 363;

¹⁷⁶ *Ibid.*;

(parfois même significativement) et ne va que rarement se déprécier de façon conséquente¹⁷⁷. Plusieurs hypothèses sont avancées afin d'expliquer un tel phénomène à première vue contre-intuitif. Bien entendu, l'imposition de cette sanction va en elle-même réduire l'incertitude qui y était jusque-là associée et cristalliser la situation. On le sait, les marchés ont horreur de l'incertitude. Aussi, il est possible que le marché ait initialement anticipé des sanctions plus sévères que celles ultimement imposées ce qui est aussi susceptible de mener le cours du titre à s'apprécier¹⁷⁸.

De nombreux exemples tendent à confirmer que l'imposition de sanctions monétaires à des personnes morales est un moyen inefficace et insuffisant de les dissuader. On n'a qu'à penser aux entités du groupe HSBC (dont la filiale HSBC Mexico était même reconnue comme étant « the preferred financial institution for drug cartels and money launderers »¹⁷⁹) qui multiplient les sanctions depuis l'an 2000, dont des sanctions monétaires qui totaliseraient 6,5 milliards de dollars américains¹⁸⁰ pour une kyrielle de manquements. Il ne s'agit pas d'un cas isolé. En effet, la liste des groupes financiers qui multiplient les sanctions est longue : Bank of America Corp., Citigroup Inc., Wells Fargo & Co., Deutsche Bank, UBS, Goldman Sachs, JPMorgan Chase & Co., etc.

L'exemple récent de JPMorgan Chase & Co. est éloquent. Le 29 septembre 2020, la US SEC a annoncé le dépôt de procédures à l'encontre de J.P. Morgan Securities LLC (une filiale de JPMorgan Chase & Co.) pour avoir frauduleusement participé à des opérations manipulatrices de titres du Trésor américain. J.P. Morgan Securities a admis les faits et accepté de payer la somme de 10 millions de dollars américains à titre de « disgorgement » ainsi qu'une pénalité de 25 millions de dollars américains afin de régler ces procédures. Le même jour, le département américain de la Justice (le « DOJ ») et la Commodity Futures Trading Commission (la « CFTC »)

¹⁷⁷ J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 65;

¹⁷⁸ *Id.*, pp. 65-68;

¹⁷⁹ Communiqué de presse du US Department of Justice, 11 décembre 2012. En ligne : <https://bit.ly/3rnyA8Q>;

¹⁸⁰ GOOD JOB FIRST, Violation Tracker. En ligne: <https://bit.ly/3kS4IEI>;

ont pour leur part annoncé des procédures parallèles à l'encontre de JPMorgan Chase & Co. et de certaines de ses filiales pour avoir participé à des opérations manipulatrices sur les marchés des métaux précieux, des contrats à terme sur les bons du Trésor américain et au comptant. Un total de plus de 920 millions de dollars américains, y compris des montants pour la restitution criminelle, la confiscation, le « disgorgement », les pénalités et les amendes, sera versé par JPMorgan Chase & Co. et ses filiales afin de régler les procédures intentées¹⁸¹. Moins de deux mois plus tard, soit le 24 novembre 2020, The Office of the Comptroller of the Currency (l'« OCC ») a imposé à JPMorgan Chase Bank (une filiale de JPMorgan Chase & Co.) une sanction de 250 millions de dollars américains pour son défaut d'avoir maintenu des contrôles internes et un audit interne adéquats de ses activités fiduciaires. L'OCC a estimé que les pratiques de gestion des risques de JPMorgan Chase Bank étaient déficientes et que cette dernière ne s'était pas dotée d'un cadre suffisant afin d'éviter les conflits d'intérêts. On souligne par ailleurs que la banque aurait depuis remédié aux faiblesses et lacunes ayant mené à ces procédures¹⁸². L'ordonnance rendue par l'OCC précise que :

The Bank maintains one of the world's largest and most complex fiduciary businesses with total fiduciary and related assets of \$29.1 trillion, including \$1.3 trillion in fiduciary assets and \$27.8 trillion of non-fiduciary custody assets.

(...)

For several years, the Bank maintained a weak management and control framework for its fiduciary activities and had an insufficient audit program for, and inadequate internal controls over, those activities. Among other things, the Bank had deficient risk management practices and an insufficient framework for avoiding conflicts of interest.¹⁸³

¹⁸¹ J.P. Morgan Securities Admits to Manipulative Trading in U.S. Treasuries, 29 septembre 2020. En ligne: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-233>;

¹⁸² OCC Assesses \$250 Million Civil Money Penalty Against JPMorgan Chase Bank, N.A., 24 novembre 2020. En ligne: <https://www.occ.gov/news-issuances/news-releases/2020/nr-occ-2020-159.html>;

¹⁸³ In the Matter of: JPMorgan Chase Bank, Consent Order, 24 novembre 2020. En ligne: <https://bit.ly/3v14euP>;

Rappelons notamment que la CFTC a imposé une amende de 65 millions de dollars américains à JPMorgan Chase Bank en 2018 pour avoir manipulé le taux d'intérêt de référence, que la US SEC a imposé une amende de 135 millions de dollars américains à cette même banque en 2018 en lien avec l'émission d'« American Depositary Receipts » et que l'OCC lui a imposé une amende de 48 millions de dollars américains en 2016 pour son défaut d'avoir respecté une ordonnance à laquelle elle avait consentie. La liste est longue. Ce sont des sanctions qui totalisent presque 35 milliards de dollars américains qui auraient ainsi été imposées à JPMorgan Chase & Co. et ses filiales depuis 2000¹⁸⁴. Notons en parallèle que, au 24 novembre 2020, la capitalisation boursière de JPMorgan Chase & Co. (NYSE: JPM) était de presque 372 milliards de dollars américains. La sanction au montant de 250 millions de dollars américains imposée à sa filiale JPMorgan Chase Bank par l'OCC à cette même date représente donc approximativement 0,067% de la capitalisation boursière de JPMorgan Chase & Co. Sa capitalisation boursière en date du 19 mars 2021 était de plus de 473 milliards de dollars américains.

L'imposition de sanctions monétaires aux personnes morales est donc un moyen inefficace et insuffisant de les dissuader. Le résultat est le même en ce qui concerne l'effet dissuasif de telles sanctions sur les personnes physiques qui y œuvrent. Afin d'avoir un effet dissuasif à leur égard, les sanctions monétaires doivent constituer une menace crédible pour elles. Les sanctions monétaires imposées à la personne morale ne permettent pas de le faire puisque, généralement, elles affectent toutes les personnes de la même façon, sans égard au fait qu'elles soient responsables ou non du manquement commis. Encore une fois, il est peu probable que les sanctions monétaires imposées aux personnes morales aient un réel effet dissuasif compte tenu de leur caractère diffus.

Est-ce à dire que l'imposition de sanctions monétaires à l'encontre d'une personne morale est inutile? Nous ne le croyons pas. Bien que cet outil présente des limites importantes en matière

¹⁸⁴ https://violationtracker.goodjobsfirst.org/prog.php?parent=jpmorgan-chase&order=pen_year&sort=desc;

de dissuasion, il joue tout de même un rôle compte tenu de l'importance que certaines personnes morales accordent à leur image publique. Des recherches démontrent que la perte de prestige corporatif est une préoccupation importante de leurs dirigeants et que l'impact sera d'autant plus grand que la décision rendue fera l'objet d'une large diffusion¹⁸⁵.

Ainsi, et bien que les impacts financiers découlant d'une atteinte à l'image publique ou d'une perte de prestige corporatif soient relativement limités, les impacts non financiers qui en découlent pourraient être perçus par certains dirigeants comme étant importants pour la personne morale, et pour eux. Aussi, une atteinte à l'image publique ou une perte de prestige corporatif peuvent avoir comme impact de mener à une diminution du niveau d'engagement et de motivation des employés, de forcer les dirigeants à se concentrer sur autre chose que le cours normal des activités ou de soumettre ces derniers au pénible exercice de devoir répondre à une multitude de questions mettant en lumière leur gestion de la personne morale.¹⁸⁶

Puisque l'impact qui résulte d'une atteinte à l'image publique ou d'une perte de prestige corporatif peut difficilement être internalisé¹⁸⁷, ces personnes morales pourraient répondre à l'imposition de telles sanctions par des mesures visant à redorer leur image et à regagner la confiance du public¹⁸⁸ notamment en mettant en place des mécanismes visant à réduire le risque que des manquements soient à nouveau commis (*ex post*). On pense aussi que l'éventualité d'une telle sanction pourrait avoir un effet dissuasif sur les dirigeants et employés de la personne morale qui désirent éviter l'embarrasement d'être associés à une personne morale ainsi sanctionnée et qui seraient, de ce fait, incités à prendre les mesures nécessaires afin d'éviter qu'une telle éventualité ne se produise (*ex ante*)¹⁸⁹.

¹⁸⁵ J. Braithwaite, *supra*, note 27, p. 127;

¹⁸⁶ *Id.*, p. 125;

¹⁸⁷ B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1220;

¹⁸⁸ *Id.*, p. 1153-1154;

¹⁸⁹ J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 138;

Aussi, et dans les circonstances qui s'y prêtent, la sanction monétaire imposée à la personne morale pourrait être assortie d'une forme de probation donnant ouverture à une intervention judiciaire favorisant la modification de ses comportements et pratiques¹⁹⁰.

Ainsi, il est raisonnable d'affirmer que l'imposition de sanctions monétaires à des personnes morales est un moyen utile, mais insuffisant et inefficace afin de les dissuader¹⁹¹ et qu'une approche d'application de la loi qui favorise la responsabilité des personnes morales et privilégie l'imposition de sanctions monétaires à celles-ci plutôt que la responsabilité des personnes physiques ratera la cible¹⁹².

The unavoidable policy implication then is that corporate prosecutions need to be supplemented by individual prosecutions in order to generate minimally adequate deterrence. (...) The bottom line here is that the only way that we can escape this underenforcement problem is by relying more on individual prosecutions to at least supplement corporate prosecutions.¹⁹³

On se retrouve donc dans une situation où, à première vue, il est difficile de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par la personne morale et où l'on se tourne plutôt vers cette dernière sachant toutefois que l'imposition de sanctions monétaires à son encontre aura des impacts négligeables¹⁹⁴ et même, dans certains cas, indésirables.

¹⁹⁰ « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », *supra*, note 166, pp. 353-375;

¹⁹¹ G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 348; John Braithwaite, *supra*, note 27, p. 141 : « Any enforcement policy which relies totally on fines to deter by changing the rational economic cost-benefit calculations of profit maximizing companies, as American enforcement policies tend to do, is doomed to fail »; Voir au même effet: J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, pp. 6, 61-68;

¹⁹² D. S. Lund & N. Sarin, *supra*, note 162, p. 44;

¹⁹³ J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, pp. 68-69;

¹⁹⁴ Les sanctions monétaires imposées aux personnes morales sont dans certains cas susceptibles de déclencher l'application du processus disciplinaire et mener à l'imposition de sanctions disciplinaires à l'encontre de la personne physique responsable de la conduite ayant mené à l'imposition de cette sanction. En ce sens, de telles sanctions peuvent jouer un certain rôle et favoriser la responsabilité individuelle. Voir à cet effet : C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 298;

Ces défis devraient militer en faveur d'une approche mieux adaptée aux personnes morales, une approche reposant sur des objectifs différents de ceux qui sont recherchés pour les personnes physiques¹⁹⁵.

C. Le rôle des mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales

On a vu que les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales devraient être considérées comme *complémentaires* à la recherche de la responsabilité des personnes physiques plutôt qu'à titre de *substituts*¹⁹⁶ à celle-ci et que c'est à travers l'angle de la modification des comportements et pratiques que le prisme de l'application de la loi à l'encontre des personnes morales devrait être considéré.

Nous verrons dans cette partie comment les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales peuvent effectivement mener à une modification des comportements et pratiques, mais aussi favoriser l'indemnisation ou le remboursement des victimes et permettre de redistribuer la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis.

1. L'application de la loi à l'encontre des personnes morales comme vecteur de modification des comportements et pratiques

Une application de la loi soutenue (certains diraient « robuste ») à l'encontre des personnes morales favorise une modification des comportements et pratiques de ces dernières en ce qu'elle les incite à mettre en place des mesures qui visent à prévenir d'éventuels manquements (*ex ante*) ainsi que des mesures qui visent à prévenir que des manquements ne se reproduisent (*ex post*). Elle a aussi pour effet de favoriser une modification des comportements et pratiques

¹⁹⁵ « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », *supra*, note 166;

¹⁹⁶ S. M. Cutler, *supra*, note 150;

de leurs partenaires d'affaires à qui elles peuvent proactivement imposer des mesures visant à assurer le respect par ces derniers des obligations qui leur sont imposées afin de mitiger le risque d'être tenues responsables de manquements commis par ces derniers.

On le remarque, il s'agit toutefois là de mesures volontaires. Les organismes d'application de la loi et tribunaux disposent d'outils qui, lorsque mis à contribution, permettent d'imposer des exigences qui mèneront elles aussi à une modification des comportements et pratiques des personnes morales.

- a. La mise en place de mesures visant à prévenir d'éventuels manquements (*ex ante*)

Une application de la loi soutenue à l'encontre des personnes morales est importante afin de favoriser une modification des comportements et pratiques de cette dernière et d'ainsi prévenir que des manquements soient commis.

However, sanctioning individuals may not be enough; the view of prosecutors in the United States has been that altering corporate culture and practices is also important to preventing business crime.¹⁹⁷

La possibilité réelle pour la personne morale d'être poursuivie et efficacement sanctionnée pour des manquements commis pourrait la mener à mettre en place des mesures qui permettront, d'une part, d'éviter que des manquements soient commis ou, d'autre part, d'atténuer les conséquences pour elle des manquements commis malgré les mesures mises en place. Cette possibilité réelle aura aussi pour effet d'attirer l'attention des dirigeants et administrateurs qui voudront s'assurer de la mise en place de mesures permettant de mitiger le risque que des manquements soient commis et sanctionnés et, par conséquent, de favoriser une modification des comportements et pratiques.

¹⁹⁷ B. L. Garrett, *supra*, note 95, p. 1823;

i. La volonté d'éviter que des manquements soient commis

La crainte de voir des manquements être commis, détectés et sanctionnés est un facteur favorisant la modification des comportements et pratiques : « The specter of prosecution can motivate corporations to change their long-term behavior, (...) »¹⁹⁸.

Une application de la loi soutenue à l'encontre des personnes morales est, à ce titre, nécessaire. Chacun des recours intentés et publicisés par les organismes d'application de la loi est susceptible d'avoir un effet multiplicateur et de mener à la modification proactive des comportements et pratiques d'un grand nombre de personnes morales qui voudront prévenir que d'éventuels manquements soient commis¹⁹⁹ et mettront en place ou modifieront (réévaluation et amélioration) leurs comportements et pratiques (politiques, procédures, façons de faire ou contrôles) afin d'éviter que de tels manquements ne soient commis²⁰⁰.

The threat of enterprise liability essentially instructs the firm to take precautions (selection of managers, design of incentives, internal controls, etc.) to reduce the system-wide fraud risk.²⁰¹

En l'absence d'une application de la loi soutenue, la crainte que des manquements soient commis et sanctionnés serait considérablement réduite ce qui mènerait sans aucun doute certaines personnes morales à réduire leurs efforts de conformité puisque leurs coûts surpasseraient alors les conséquences d'éventuels manquements. Aussi, des sociétés « conformes » pourraient percevoir une certaine iniquité du fait que les sociétés commettant des manquements ne soient pas sanctionnées ou ne le soient pas suffisamment²⁰², perdre confiance dans le système et ainsi relâcher leurs efforts. Une application de la loi soutenue a donc pour effet, d'une part, d'encourager les personnes morales qui craignent que des

¹⁹⁸ B. W. Rashkover, *supra*, note 155, p. 536;

¹⁹⁹ S. M. Cutler, *supra*, note 150;

²⁰⁰ B. W. Rashkover, *supra*, note 155, p. 536;

²⁰¹ D. C. Langevoort, *supra*, note 38, p. 635;

²⁰² N. Gunningham, D. Thornton & R. A. Kagan, *supra*, note 16;

manquements soient commis et sanctionnés et, d'autre part, de rassurer les personnes morales qui favorisent d'emblée la conformité et de les inciter à poursuivre leurs efforts en ce sens²⁰³.

Des recherches démontrent en effet que les sanctions imposées à l'encontre d'une personne morale incitent les autres personnes morales à porter une plus grande attention à leurs mécanismes de conformité réalisant que ce risque existe réellement²⁰⁴. Elles encouragent aussi les dirigeants de personnes morales qui croient en la conformité à prendre les mesures nécessaires afin de s'assurer que les politiques et procédures en place soient conformes et à les bonifier lorsque tel n'est pas le cas²⁰⁵.

Enforcement activity can increase the deterrent effect of the law and it can encourage virtuous actors to ensure that their corporations comply with the law.²⁰⁶

De telles mesures sont aussi, à certains égards, rassurantes en ce qu'elles envoient le message aux personnes morales qui portent attention à la conformité que leurs efforts ne sont pas vains et que les personnes morales qui n'investissent pas afin de mettre en place les mécanismes visant à prévenir que des manquements soient commis seront sanctionnées. Ces démarches ont pour effet de maintenir le « level playing field »²⁰⁷ et de rassurer les participants de l'industrie quant au fait que « non-compliant competitors were not "getting away with it" while our respondents spent money and energy on costly compliance measures »²⁰⁸.

Bien entendu, le risque zéro n'existe pas et des manquements peuvent tout de même être commis malgré les mesures mises en place par la personne morale afin de les prévenir. Ces mesures demeureront quand même pertinentes en ce qu'elles pourraient permettre d'atténuer les conséquences de ces manquements pour la personne morale.

²⁰³ M. Welsh, *supra*, note 18, p. 165;

²⁰⁴ O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 29;

²⁰⁵ M. Welsh, *supra*, note 18, pp. 136, 165;

²⁰⁶ *Id.*, p. 166;

²⁰⁷ N. Gunningham, D. Thornton & R. A. Kagan, *supra*, note 16, p. 308;

²⁰⁸ *Id.*, p. 312; O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 29;

ii. *La volonté d'atténuer les conséquences des manquements commis malgré les mesures mises en place*

Il est vrai que la mise en place de telles mesures est susceptible de prévenir des manquements, mais elle permet aussi, dans les cas où des manquements surviendraient malgré tout, d'influencer la suite des choses. Ces mesures peuvent avoir un impact sur la décision même des organismes d'application de la loi d'intenter ou non des procédures à l'encontre de la personne morale. Elles peuvent aussi être considérées par ceux-ci à titre de facteur atténuant au moment de la détermination de la sanction. En effet, certains organismes d'application de la loi considéreront la qualité des mesures en place au moment où le manquement a été commis afin de décider de l'opportunité de prendre des recours ou de déterminer de la nature et l'intensité des sanctions recherchées²⁰⁹.

[P]rosecutors provide concrete incentives for private firms to create effective compliance programs because a program's existence can serve as a defense or mitigating factor to actual or potential criminal prosecution.²¹⁰

On retrouve plusieurs exemples d'organismes qui considèrent les procédures, pratiques et mécanismes en place au moment à titre de circonstances atténuantes de l'imposition d'une sanction. On peut penser aux « Organizational Sentencing Guidelines » de la « United States Sentencing Commission » qui prévoient l'imposition de sanctions réduites pour les personnes morales qui sont en mesure d'établir qu'elles avaient en place des mécanismes efficaces de conformité et d'éthique²¹¹. On peut aussi penser au Bureau de la concurrence du Canada qui considère les programmes de conformité en place au moment de l'infraction (lorsqu'ils sont crédibles, efficaces et conformes à l'approche énoncée) comme facteur atténuant lors de l'évaluation des mesures correctives et dans la détermination de l'ampleur de la sanction imposée à titre de réparation. Il en est aussi ainsi lorsqu'il formule des recommandations au

²⁰⁹ D. C. Langevoort, *supra*, note 158, p. 934;

²¹⁰ Veronica Root, « Coordinating Compliance Incentives », (2017) 102 *Cornell Law Review* 1003, p. 1010;

²¹¹ M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 543;

Service des poursuites pénales du Canada dans le cadre de l'application de son programme de clémence²¹².

Non seulement certains organismes vont considérer (de façon plus micro) les mesures en place, mais d'autres vont même considérer (de façon plus macro) la culture et l'historique de la personne morale en la matière. Dans l'industrie des services financiers, la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), par exemple, permet à ses membres de faire la preuve que « the misconduct at issue was aberrant or not otherwise reflective of the firm's historical compliance record »²¹³.

Une application de la loi soutenue incite les personnes morales à mettre en place des mesures qui réduisent leur risque de voir des manquements être commis et qui permettent, lorsque de tels manquements surviennent malgré tout, de bénéficier d'une certaine clémence. Il s'agit donc là d'un vecteur de modification des comportements et pratiques. Ceci est d'autant plus pertinent que, dans l'environnement réglementaire actuel, la personne morale qui commet un manquement peut s'attendre à ce que l'organisme d'application de la loi s'intéresse aux mesures en place et considère leur inefficacité comme étant l'un des éléments ayant contribué à ce manquement ou permis qu'il survienne²¹⁴.

iii. L'attention des dirigeants et administrateurs

Une application de la loi soutenue aura aussi pour effet d'attirer l'attention des dirigeants et administrateurs qui voudront s'assurer de la mise en place de mesures permettant de mitiger le risque que des manquements soient effectivement commis.

²¹² Bureau de la concurrence du Canada, « Les programmes de conformité d'entreprise », 2015. En ligne : <https://bit.ly/2NZMqQs>;

²¹³ Financial Industry Regulatory Authority, « Sanctions Guidelines », 2020;

²¹⁴ V. Root, *supra*, note 210, p. 1003; D. C. Langevoort, *supra*, note 109, p. 98;

D'une part, les dirigeants et administrateurs seront bien entendu attentifs afin d'éviter que la personne morale commette un manquement, soit sanctionnée et en subisse les conséquences. La possibilité réelle pour la personne morale d'être poursuivie et sanctionnée pour des manquements commis aura donc pour effet d'attirer leur attention et de les encourager à s'assurer que les mesures nécessaires afin d'éviter que ce risque ne se matérialise soient en place menant, de ce fait, à une modification des comportements et pratiques.

D'autre part, les dirigeants et administrateurs seront d'autant plus attentifs que, dans certains cas, leur responsabilité individuelle pourrait être engagée. En effet, l'application de la loi leur rappelle qu'ils ont des responsabilités et que des conséquences peuvent découler du fait de ne pas s'en acquitter adéquatement²¹⁵. Des recherches confirment effectivement que les mesures d'application de la loi incitent les dirigeants et administrateurs à davantage s'intéresser aux mécanismes de conformité en place réalisant qu'il existe des risques réels de poursuites pour des manquements commis par les personnes morales²¹⁶.

She argues that enforcement action has a greater regulatory impact beyond the violators and reminds directors and others involved in corporate management of their responsibilities and the risks attached to a failure to fulfill those responsibilities. Thus, enforcement action can play a pivotal role in educating the broader corporate community.²¹⁷

Non seulement les mesures d'application de la loi sont-elles ainsi susceptibles de mener à une modification des comportements et pratiques, mais les décisions rendues par les tribunaux dans un contexte d'application (publique ou privée) de la loi sont aussi susceptibles de donner des indications claires aux personnes morales ainsi qu'à leurs dirigeants et administrateurs quant aux attentes à leur endroit. On pense par exemple à la décision rendue par la Cour de

²¹⁵ Berna Collier, « The role of ASIC in corporate governance », Paper presented at the Corporate Governance Summit, Canberra, 2002, p. 6;

²¹⁶ M. Welsh, *supra*, note 18;

²¹⁷ Joseph Zubcic & Robert Sims, *supra*, note 58, p. 302, citant: B. Collier, *supra*, note 215;

chancellerie du Delaware dans l'affaire *Caremark*²¹⁸ dans laquelle le tribunal a souligné qu'il incombe à un administrateur de s'efforcer de bonne foi de s'assurer qu'il existe un système de gestion de l'information et de « reporting » efficace qui permet à la haute direction et au conseil de s'assurer que la personne morale respecte la loi. Depuis cette décision, « compliance has grown in size, scope, and stature at nearly all large corporations »²¹⁹. Des décisions récentes qui émanent de la même juridiction confirment ce principe et suggèrent même que l'intensité de cette obligation serait encore plus importante dans les industries hautement réglementées²²⁰. On peut sans se tromper affirmer que l'industrie des services financiers se qualifie à ce titre. Bien que les contours de ces obligations ne soient pas encore parfaitement définis²²¹ et que la recherche de la responsabilité des administrateurs représente encore un défi pour les demandeurs, de telles décisions contribuent sans aucun doute à la mise en place de mesures permettant de mitiger le risque que des manquements soient commis et sanctionnés et, par conséquent, de favoriser une modification des comportements et pratiques.

- b. La mise en place de mesures visant à prévenir que des manquements se reproduisent (*ex post*)

Une application de loi soutenue à l'encontre des personnes morales favorise donc une modification proactive des comportements et pratiques par la mise en place de mécanisme visant à prévenir d'éventuels manquements (*ex ante*). Elle les amène aussi à le faire en réaction à l'imposition de sanctions (*ex post*).

²¹⁸ *In Re Caremark Intern. Inc. Deriv. Lit.*, 698 A.2d 959 (1996);

²¹⁹ Donald C. Langevoort, « Caremark and Compliance: A Twenty-Year Lookback », (2018) 90 *Temp. L. Rev.* 727, p. 728;

²²⁰ *Marchand c. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del. 2019) : « This is especially so when a monoline company operates in a highly regulated industry »; *Clovis Oncology, Inc. Deriv. Lit. (In Re)*, C.A. No. 2017-0222-JRS (Del. Ch. Oct. 1, 2019);

²²¹ Voir par exemple la décision rendue par la Cour de chancellerie du Delaware le 30 décembre 2020 dans *Richardson v. Clark*, C.A. No. 2019-1015-SG (Del. Ch. Dec. 31, 2020) où le tribunal distingue entre les tentatives infructueuses et l'absence ou un manque d'effort : « If a failed directorial attempt to remediate a problem is, because of its failure, actionable, a perverse incentive will be created ».

En effet, tout comme la crainte de voir des manquements être commis, détectés et sanctionnés, l'imposition de sanctions incitera les personnes morales à volontairement prendre les mesures nécessaires afin de modifier les comportements et pratiques cherchant ainsi à mitiger le risque que de tels manquements ne se reproduisent. Ceci est d'autant plus vrai dans un contexte où de telles mesures sont considérées à titre de circonstances atténuantes ou dans un contexte où d'éventuelles récidives sont punies plus sévèrement²²². De plus, les organismes d'application de la loi, directement ou par le recours aux tribunaux, disposent d'outils qui leur permettent dans certaines circonstances *d'imposer* des exigences pouvant mener à une modification des comportements et pratiques et visant à éviter que des manquements ne se reproduisent. Dans les deux cas, une application de la loi soutenue contribue à la modification des comportements et pratiques de la personne morale.

Des recherches confirment par ailleurs la dissuasion spécifique qui résulte des mesures d'application de la loi à l'encontre d'une personne morale ainsi que l'impact positif qu'ont celles-ci sur l'alignement des comportements et pratiques avec les objectifs qui sous-tendent la politique réglementaire. On remarquerait par exemple une diminution des plaintes déposées contre les personnes morales qui ont déjà fait l'objet de mesures d'application de la loi, ce qui laisse penser que de telles mesures ont effectivement un impact sur leur conformité²²³. Il pourrait aussi en être ainsi puisque ces mesures attirent l'attention des dirigeants sur les causes et circonstances ayant permis que le manquement soit commis, lesquels accroissent les efforts visant à éviter qu'il ne se reproduise²²⁴.

²²² En imposant aux récidivistes des sanctions de ce fait plus importantes, les organismes d'application de la loi peuvent accroître pour la personne morale les coûts associés au fait de commettre des manquements et ainsi l'encourager à considérer mettre en place ou revoir son programme de conformité. Voir à cet effet : V. Root, *supra*, note 210, p. 1036;

²²³ Joseph Zubcic & Robert Sims, *supra*, note 58, p. 307. Voir au même effet : O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 29;

²²⁴ Wayne B. Gray & John T. Scholz, « Does regulatory enforcement work? A panel analysis of OSHA enforcement », (1993) *Law and Society Review* 177, p. 199;

i. L'impact des sanctions imposées par les tribunaux sur la mise en place de mesures par la personne morale

L'imposition de sanctions à l'encontre de la personne morale aura en elle-même pour effet de l'inciter à prendre les mesures nécessaires afin de mitiger le risque que de tels manquements ne se reproduisent²²⁵.

Dans certains cas, la mise en place de telles mesures correctives ultérieures (mises en place après que le manquement ait été commis et détecté) sera considérée au moment de l'imposition de la sanction. Il s'agit d'un incitatif à rapidement réviser les politiques, procédures, façons de faire ou contrôles.

Par exemple, l'Association canadienne des courtiers de fonds mutuels (l'« ACFM ») souligne dans ses « Lignes directrices sur les sanctions » que le jury d'audition pourra considérer, au moment d'établir la sanction appropriée, les mesures correctives prises volontairement après la conduite fautive (par exemple la révision des procédures ou contrôles internes) afin d'éviter une répétition de celle-ci²²⁶.

L'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (l'« OCRCVM ») souligne pour sa part dans ses « Lignes directrices sur les sanctions de l'OCRCVM » que sera considéré dans la détermination des sanctions le fait qu'une firme ait volontairement pris des mesures correctives ultérieures afin de réviser les procédures générales ou particulières et d'éviter la répétition de la conduite fautive²²⁷.

²²⁵ B. W. Rashkover, *supra*, note 155, p. 536;

²²⁶ Association canadienne des courtiers de fonds mutuels, « Lignes directrices sur les sanctions », 2018, p. 5;

²²⁷ Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières, « Lignes directrices sur les sanctions de l'OCRCVM ». 2015, En ligne: <https://bit.ly/3v2oD2X>;

Aussi, de telles mesures sont susceptibles d'être déployées par les sociétés qui évoluent dans un environnement où une récidive mènera à une sanction plus sévère, ce qui est généralement le cas dans l'industrie des services financiers où l'importance d'imposer des sanctions plus sévères en cas de récidive fait partie des meilleures pratiques. Dans leur plus récent rapport sur l'application de la loi, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les « ACVM ») soulignent à ce sujet que :

Les membres des ACVM collaborent afin de (...) repérer [les récidivistes] à l'échelle du pays et de leur imposer des sanctions équitables, crédibles et progressives qui sont proportionnelles à la gravité de chaque cas, et plus sévères que celles imposées aux contrevenants qui en sont à leur première infraction.²²⁸

L'OICV précise pour sa part :

[R]ecidivists should know that they will find themselves subject to tougher sanctions should they reoffend. A robust sanctioning regime provides a deterrent to misconduct if the potential costs of committing the violation are perceived to outweigh the potential benefits.²²⁹

Une application de la loi soutenue et la sévérité accrue des sanctions imposées en cas de récidive constituent donc, elles aussi, des incitatifs à modifier les comportements et pratiques notamment afin d'éviter une récidive de la conduite fautive.

Des recherches démontrent que les mesures d'application de la loi ont effectivement un impact sur la conformité réglementaire des personnes morales sanctionnées et qu'elles mènent à un changement des comportements²³⁰. D'autres recherches, pour leur part, démontrent que le nombre de plaintes déposées à l'encontre de personnes morales ayant fait l'objet de mesures

²²⁸ Autorités canadiennes en valeurs mobilières, « L'application de la législation en valeurs mobilières à l'heure du numérique — Rapport sur l'application de la loi – Exercice 2018-2019 », 2019, p. 19. En ligne : http://www.acvmsanctions.ca/CSA-Enforcement-Report_French-FINAL-June-24-19.pdf;

²²⁹ International Organization of Securities Commissions, *supra*, note 27, p. 35;

²³⁰ Joseph Zubcic & Robert Sims, *supra*, note 58, p. 307;

d'application de la loi s'est avéré être beaucoup plus faible que celui déposé à l'encontre de personnes morales n'ayant pas fait l'objet de telles mesures par le passé²³¹.

ii. L'impact sur l'autodénonciation et la collaboration

Dans une large mesure, la prévention des manquements commis par les personnes morales résulte de la capacité de prévenir que des gestes répréhensibles soient posés par des personnes physiques mais, on l'a vu, il est impossible pour les organismes d'application de la loi de détecter et sanctionner l'ensemble des manquements aux lois qu'ils administrent. On a vu aussi que le résultat des démarches entreprises par les organismes d'application de la loi sera fortement influencé par la posture que prendra la personne morale vis-à-vis la personne physique²³².

Une application de la loi soutenue et l'imposition de sanctions à l'encontre de personnes morales sont susceptibles de mener ces dernières à mettre en place des mesures visant la prévention de tels comportements (*supra*) mais aussi, lorsque de tels comportements sont découverts, à elles-mêmes les dénoncer²³³ et à collaborer avec les organismes d'application de la loi. Cela sera d'autant plus vrai que les régimes en place reconnaissent (et récompensent) l'autodénonciation et la collaboration²³⁴.

C'est le fait de vouloir se comporter comme un bon citoyen corporatif ou la possibilité de voir une éventuelle sanction réduite (qui découle directement du fait que les régulateurs intentent

²³¹ *Ibid.* Voir au même effet: O. Akanmidu, *supra*, note 22, p. 29;

²³² Cette décision pourra être influencée par un large éventail de facteurs dont l'importance de cette personne physique pour la personne morale, l'impact de son éventuelle condamnation sur la réputation de la personne morale ou le rôle qu'elle peut jouer, ou non, dans la défense que cette dernière présentera à l'encontre des démarches entreprises par l'organisme d'application de la loi. Voir à cet effet : A. Jordanoska, *supra*, note 93, p. 8;

²³³ B. W. Rashkover, *supra*, note 155, p. 536;

²³⁴ Certains auteurs nous mettent toutefois en garde quant aux limites de tels programmes. Selon eux, ces limites résultent d'une asymétrie d'information entre l'organisme d'application de la loi et la personne morale en ce que c'est cette dernière qui contrôle l'information qui sera éventuellement transmise à l'organisme d'application de la loi. Cette situation pourrait laisser craindre que la personne morale puisse, sans que l'organisme ne soit en mesure de le discerner, ne pas communiquer certaines informations concernant certaines personnes tout en bénéficiant d'un crédit de coopération. Voir à cet effet : G. Gilchrist, *supra*, note 34, p. 357;

aussi des procédures à l'encontre des personnes morales) qui incitent les dirigeants à dénoncer à un organisme d'application de la loi une conduite jusque-là inconnue par ce dernier (c'est-à-dire avant même qu'il ne la découvre, le cas échéant) ou à collaborer avec ce dernier dans le cadre de démarches d'application de la loi. Un tel comportement peut avoir un impact sur la décision même de poursuivre ou non, sur la nature des procédures déposées et conclusions formulées et sur la sanction éventuellement recherchée.

La possibilité de voir une telle conduite « récompensée » est par exemple reconnue par l'ACFM qui souligne que devrait être considéré par le jury d'audition le fait que le membre ait accepté la responsabilité de sa conduite fautive et reconnu celle-ci avant même que l'ACFM n'ait détecté cette conduite et ne soit intervenue²³⁵.

Les autorités réglementaires vont toutefois requérir que cette collaboration ait été exceptionnelle afin qu'elle puisse être considérée dans la détermination de la sanction à imposer. Il en est notamment ainsi de l'OCRCVM qui exige une coopération proactive et exceptionnelle²³⁶ et de l'ACFM qui parle d'une assistance proactive et exceptionnelle²³⁷.

L'Autorité des marchés financiers (l'« AMF ») n'a pour sa part pas publié de politique ou directive reconnaissant (et récompensant) l'autodénonciation et la collaboration, mais certains exemples laissent penser qu'il s'agit effectivement d'éléments qui sont considérés quant à la décision de poursuivre ou non, à la nature des procédures déposées et conclusions formulées ainsi qu'à la sanction recherchée. L'AMF a par exemple conclu, dans le cadre d'un processus dit « de normalisation », une entente avec la Société de fiducie CST après que celle-ci lui ait dénoncé une situation de non-conformité à la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés*

²³⁵ Association canadienne des courtiers de fonds mutuels, *supra*, note 226, p. 3;

²³⁶ Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières, « Politiques du personnel de l'OCRCVM », 2015. En ligne : <https://bit.ly/3ebwWn3>;

²³⁷ Association canadienne des courtiers de fonds mutuels, *supra*, note 226, p. 5;

*d'épargne*²³⁸ concernant l'exercice d'activités fiduciaires au Québec sans avoir obtenu au préalable l'autorisation nécessaire pour agir à ce titre. Dans son communiqué de presse, l'AMF souligne alors que Société de fiducie CST n'avait pas d'antécédent, a fait preuve de bonne foi et de collaboration et a accepté de resserrer ses politiques et procédures de contrôle²³⁹. L'AMF a aussi conclu une telle entente avec T.H.E. Insurance Company, aussi dans le cadre d'un processus de « normalisation », après que celle-ci lui ait dénoncé une situation de non-conformité à la *Loi sur les assurances*²⁴⁰ concernant l'émission de polices d'assurance spécialisée sans avoir obtenu au préalable l'autorisation nécessaire pour agir en tant qu'assureur au Québec. Dans son communiqué de presse, l'AMF souligne alors que T.H.E. Insurance Company n'avait pas d'antécédent, a fait preuve de collaboration et a accepté de resserrer ses politiques et procédures de contrôle et de conformité dans le but de prévenir la répétition d'une telle situation²⁴¹.

Une application de la loi soutenue à l'encontre des personnes morales est donc susceptible de favoriser la mise en place de mesures visant la prévention des comportements répréhensibles, de les inciter à elles-mêmes les dénoncer lorsqu'ils sont découverts et de collaborer avec les autorités dans le cadre de leurs démarches d'application de la loi. L'importance accordée à la dénonciation et à la collaboration est aussi susceptible d'avoir un effet dissuasif sur les personnes physiques ou de mener à une redistribution de la responsabilité à la personne physique. Il en est ainsi puisque la personne morale a alors avantage à dénoncer proactivement les manquements commis ce qui accroît significativement le risque pour la personne physique responsable de voir le manquement commis être détecté et d'être ultimement sanctionnée pour ce dernier²⁴².

²³⁸ *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.02;

²³⁹ L'Autorité conclut une entente avec Société de fiducie CST, 13 janvier 2015. En ligne: <https://bit.ly/3c2uWuy>;

²⁴⁰ *Loi sur les assurances*, RLRQ, c. A-32 (maintenant la *Loi sur les assureurs*, RLRQ, c. A-32.1);

²⁴¹ L'Autorité conclut une entente avec T.H.E. Insurance Company, 16 avril 2014. En ligne: <https://bit.ly/3sZlu0R>;

²⁴² M. Diamantis, *supra*, note 21, p. 5;

iii. L'impact sur les partenaires d'affaires

À moindre échelle, et indirectement, une application de la loi soutenue à l'encontre des personnes morales est aussi susceptible d'avoir un impact sur des tiers du fait qu'elles imposeront à leur tour à leurs partenaires d'affaires (on pense par exemple aux tiers auxquels certaines fonctions peuvent être imparties) l'obligation de respecter certains standards²⁴³, voir même certaines procédures, politiques ou codes de conduite applicables à la personne morale elle-même.

Cette évolution ne saurait surprendre dans un contexte où les personnes morales sont de plus en plus susceptibles d'être tenues responsables de la conformité des tiers avec lesquels elles entretiennent des liens d'affaires et des gestes posés par ces derniers²⁴⁴. C'est ce qui motive les personnes morales à obtenir des garanties contractuelles que leurs partenaires d'affaires ont eux aussi des pratiques acceptables en matière de conformité²⁴⁵. L'OICV soulignait encore récemment que :

Outsourcing may pose important challenges to the integrity and effectiveness of financial services regulatory and supervisory regimes and systems. A regulated entity may lose some control over the people and processes dealing with the outsourced tasks. Nonetheless, regulators require that the regulated entity, including its board of directors and senior management, remain fully responsible (to clients and regulatory authorities) for the outsourced task as if the service were being performed in-house.²⁴⁶

En pratique, on remarque que les institutions se dotent de procédures et politiques visant à assurer le respect par leurs fournisseurs des obligations qui leur sont imposées afin de mitiger

²⁴³ V. Root, *supra*, note 210, p. 1010;

²⁴⁴ *Id.*, p. 1017;

²⁴⁵ *Ibid.*;

²⁴⁶ International Organization of Securities Commissions, *Principles on outsourcing — Consultation Report*, 2020, p. 10. En ligne: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD654.pdf>;

le risque d'être tenues responsables de manquements commis par ces derniers. On pense par exemple à l'adoption de codes de conduites applicables à ces fournisseurs.

Par exemple, la Banque Nationale a adopté le *Code de conduite des fournisseurs de la Banque Nationale* qui s'applique aux fournisseurs directs de la Banque Nationale ainsi qu'à leurs sous-traitants. Il prévoit notamment que ces derniers doivent mettre en place toutes les actions et procédures applicables pour respecter les principes qui y sont présentés dont la conformité réglementaire et juridique, l'éthique professionnelle et la lutte contre le trafic d'influence et la corruption. Le code prévoit que la Banque Nationale se réserve le droit de prendre des mesures correctives qui peuvent aller d'un simple avertissement à la résiliation partielle d'un contrat de service ou même résulter en une fin de relation d'affaires²⁴⁷.

iA Groupe financier a aussi adopté un tel code intitulé *Code de conduite des fournisseurs de iA Groupe financier*. Ce code établit les principes et les attentes de ce dernier quant à la façon dont ses fournisseurs de biens et services doivent faire affaire et traiter avec lui et ses sociétés affiliées. On y précise notamment que, dans toutes leurs activités, les fournisseurs doivent s'assurer de respecter les lois, les règles et les règlements applicables et qu'il incombe aux fournisseurs de comprendre les normes, les lois et les règlements. Ce code qui fait partie intégrante des documents contractuels prévoit que tout manquement à ses dispositions peut entraîner la cessation de la relation d'affaires avec le fournisseur²⁴⁸.

Une application de la loi soutenue est donc susceptible de mener à une modification des comportements et pratiques des assujettis, mais aussi des tiers avec lesquels ils font affaire et contribue, de ce fait, à un assainissement plus général des comportements et pratiques.

²⁴⁷ Banque Nationale du Canada, *Code de conduite des fournisseurs de la Banque Nationale*. En ligne: <https://bit.ly/2PAtgRn>;

²⁴⁸ iA Groupe financier, *Code de conduite des fournisseurs de iA Groupe financier*. En ligne : <http://files.ia.ca/-/media/files/ia/apropos/Code-de-conduite-des-Fournisseurs.pdf>;

iii. L'imposition de mesures de réforme

Une application de la loi soutenue, on l'a vu, est susceptible d'inciter la personne morale à *volontairement* modifier ses comportements et pratiques afin d'éviter que des manquements soient commis et sanctionnés (*ex ante*). Elle est aussi susceptible de l'inciter à *volontairement* modifier ses comportements et pratiques en réaction à l'imposition de sanctions (*ex post*).

Sans égard aux démarches proactives et volontaires que les personnes morales peuvent (ou non) choisir de mettre de l'avant, les organismes d'application de la loi, directement ou par le recours aux tribunaux, disposent d'outils qui peuvent leur permettre d'imposer des exigences menant à une modification des comportements et pratiques afin d'éviter que des manquements ne se reproduisent²⁴⁹. Certains de ces outils sont par ailleurs plus amplement décrits sous la rubrique « L'imposition de mesures de réforme dans le secteur financier » (*infra*) de ce mémoire.

Dans ce contexte, deux conceptions du rôle que devrait jouer l'application de la loi s'opposent.

La première conception, que nous qualifions de plus « traditionnelle », est fondée sur la théorie de la dissuasion et considère l'application de la loi comme un outil qui vise à limiter les risques de récidive de la personne ayant commis le manquement et à décourager d'autres personnes de commettre des manquements similaires en véhiculant le message qu'elles seront punies de la même manière.

La deuxième conception, que nous qualifions de plus « interventionniste », repose pour sa part sur la volonté des organismes d'application de la loi d'aussi s'intéresser aux causes sous-jacentes aux manquements commis pour ensuite imposer des exigences qui mèneront à une modification des comportements et pratiques et, se faisant, à la prévention des manquements.

²⁴⁹ B. W. Rashkover, *supra*, note 155, p. 543;

Les avis sont partagés quant à l'opportunité pour les organismes d'application de la loi d'adopter une approche plus « interventionniste ». Certains s'opposent à une telle façon de faire alors que d'autres reconnaissent sans équivoque le rôle qu'ils devraient jouer à cet égard.

Certains auteurs questionnent en effet la légitimité, l'autorité²⁵⁰ et l'expertise des organismes d'application de la loi d'ainsi imposer des exigences visant la modification des comportements et pratiques par l'entremise de l'application de la loi²⁵¹.

Getting the government out of the compliance business would prevent core corporate governance functions from being designed in an opaque process by a largely unaccountable agent with no expertise in organizational design and no ability to measure effectiveness.²⁵²

Essentiellement, on s'inquiète d'interventions inefficaces et d'intrusions injustifiées des pouvoirs gouvernementaux dans les affaires de la personne morale²⁵³.

On souligne que les procureurs²⁵⁴ ne possèdent pas l'expertise ou les incitatifs nécessaires afin que des exigences menant à une modification des comportements et pratiques prévenant effectivement les manquements puissent être imposées. Aussi, les procureurs ne disposeraient pas du temps, des ressources ou de l'intérêt nécessaires afin de revisiter la personne morale par la suite ou de vérifier si les mesures mises en place ont effectivement l'impact escompté. Puisqu'ils ont beaucoup d'autres chats à fouetter, ils passeraient plutôt à d'autres dossiers²⁵⁵.

²⁵⁰ John S. Baker, Jr., « Reforming Corporations Through Threats of Federal Prosecution », (2004) 89 *Cornell L. Rev.* 310, p. 311;

²⁵¹ *Id.*, p. 337;

²⁵² Sean J. Griffith, « Corporate Governance in an Era of Compliance », (2016) 57-6 *William & Mary Law Review* 2075, p. 2134;

²⁵³ B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1224; Brandon L. Garrett, « Rehabilitating Corporations », (2014) 66 *Florida Law Review Forum* 1, p. 1;

²⁵⁴ Certains sont mêmes d'avis que tribunaux, procureurs et même spécialistes en matière de conformité ne savent pas quelles sont les méthodes qui mènent effectivement à une réforme de la personne morale. Voir à cet effet : M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 543;

²⁵⁵ D. C. Langevoort, *supra*, note 158, p. 971;

On souligne aussi que les mesures ainsi imposées comportent des coûts importants et qu'elles s'accompagnent parfois, afin d'en tenir compte, d'une réduction corrélative des sanctions monétaires imposées. Cette situation mènerait donc à des coûts inutiles, à des sanctions monétaires diminuées et, par conséquent, à une dissuasion réduite²⁵⁶.

Certains auteurs insistent pour leur part sur le fait que des efforts d'application de la loi imposant à une personne morale des exigences visant la modification des pratiques et comportements seront souvent insuffisants puisqu'elles ne s'intéressent qu'au système de conformité *formel* de la personne morale. En effet, une personne morale dispose d'un système de conformité *formel* et d'un système de conformité *informel*. Le système de conformité formel est composé de sa structure, de ses politiques et de ses processus. Le système de conformité informel est pour sa part composé des normes informelles de conduite, incluant sa culture éthique et son climat éthique. L'efficacité du système de conformité formel d'une personne morale dépend en grande partie de son système de conformité informel. Bien qu'il soit nécessaire, le système de conformité formel est en lui-même insuffisant et les normes informelles de conduite de la personne morale sont susceptibles de rendre inutiles les exigences imposées²⁵⁷. C'est ainsi que des efforts d'application de la loi qui ne s'intéresseraient qu'au système de conformité formel seraient généralement insuffisants²⁵⁸.

Il existe aussi un risque que de tels efforts mènent à la mise en place de mesures cosmétiques créant l'apparence que la personne morale se conforme à la loi ou aux exigences imposées, mais

²⁵⁶ *Id.*, pp. 970-971 : « The concerns about expertise and incentives cut in different ways. One, simply, is that the reforms do more harm than good. Another is that enforcers naively believe they are efficacious and thus demand less in more conventional kinds of sanctions than they otherwise would, thereby achieving less in deterrence and anti-recidivism »;

²⁵⁷ D. Hess & C. Ford, *supra*, note 50, pp. 323;

²⁵⁸ Bien qu'insuffisants en eux-mêmes, de tels efforts sont tout de même susceptibles de mener à une conformité renforcée et de favoriser une culture de conformité. Il en est ainsi puisque les personnes morales ont effectivement la possibilité d'influencer le comportement des individus qui y œuvrent et que l'imposition de sanctions à l'encontre de personnes morales peut les inciter à réaliser un changement de culture. Voir à cet effet : Joseph Zubcic & Robert Sims, *supra*, note 58, p. 302, citant: N. Gunningham, D. Thornton & R. A. Kagan, *supra*, note 16. Voir aussi: S. M. Cutler, *supra*, note 150;

sans que ce ne soit effectivement le cas²⁵⁹. C'est ainsi que certains affichent des réserves quant à l'efficacité des exigences imposées par les organismes d'application de la loi et les mettent en garde quant aux effets contre-productifs d'une telle approche.

If cultural values come from within, it is unlikely that a temporary compliance “czar” will contribute much and will face much motivated resistance—masked by polite smiles and fawning acquiescence in paper reforms—during his or her reign.²⁶⁰

D'autres ne remettent pas en question l'intervention des pouvoirs gouvernementaux, mais remettent plutôt en question l'approche « à la pièce » des divers organismes d'application de la loi. Selon eux, l'approche qui vise une modification des comportements et pratiques est imparfaite puisque chaque organisme d'application de la loi ne s'intéresse qu'aux aspects des comportements et pratiques qui sont en lien avec son champ d'action plutôt que de s'intéresser aux comportements et pratiques de la personne morale, dans son ensemble. Les manquements commis peuvent très bien résulter d'enjeux de culture institutionnalisés et toute approche « à la pièce » (qui ne fait pas l'objet d'une approche globale ou d'une coordination entre les organismes d'application de la loi) sera forcément imparfaite²⁶¹.

À l'opposé, certains auteurs reconnaissent sans équivoque un rôle aux organismes d'application de la loi, se demandant même qui le jouera s'ils ne le font pas :

All of these points underscore that enforcers have to be cautious and modest in negotiating reform settlements. At the same time, they simply cannot leave compliance—especially cultures of compliance—to firms to figure out for themselves. The main message of this article is how easily cultures under stress turn self-serving. If the government takes no vocal role in articulating public norms of corporate legal responsibility, it is not clear who will. The dark side wins the internal debate a little too easily and often.²⁶²

²⁵⁹ D. Hess & C. Ford, *supra*, note 50, p. 311; B. L. Garrett, *supra*, note 253, p. 1;

²⁶⁰ D. C. Langevoort, *supra*, note 158, p. 973;

²⁶¹ V. Root, *supra*, note 210, p. 1003;

²⁶² D. C. Langevoort, *supra*, note 158, p. 973;

Certains auteurs se montrent favorables à une conception plus interventionniste de l'application de la loi reconnaissant que la dissuasion n'est pas une panacée²⁶³ puisqu'elle n'offre généralement que des solutions partielles ou inefficaces ou dont le résultat est imprévisible²⁶⁴. On reconnaît aussi que la dissuasion présente une limite importante en ce qu'elle cherche à dissuader les comportements répréhensibles sans toutefois activement et directement chercher à favoriser les comportements louables :

Deterrence theory simply tries to prevent crime with the threat of sanction; it does not care whether it accomplishes this by dissuading bad corporations from committing crime, or by inducing them to become good corporations²⁶⁵.

On souligne aussi que l'imposition d'exigences visant la modification des comportements et pratiques serait plus efficace afin de prévenir les récidives²⁶⁶ que les outils plus traditionnels tels que l'imposition de sanctions monétaires qui n'a bien souvent comme seul effet, on l'a vu, d'établir le prix des manquements commis ou à commettre (*supra*)²⁶⁷.

Thus, it appears that the private firms of today are all too willing to pay monetary fines as a consequence for failing to prevent and detect misconduct. These same firms, however, have shown a strong distaste for other forms of non-monetary penalties.²⁶⁸

Il serait nécessaire, afin d'induire des changements importants au sein d'organisations complexes, de disposer d'outils qui sont différents des outils traditionnels²⁶⁹ et qui permettent de s'intéresser aux faiblesses des structures sous-jacentes aux manquements commis et de proposer des solutions adaptées à celles-ci. Le fait de ne pas suffisamment s'intéresser à ces aspects au moment d'imposer une sanction à une personne morale est par ailleurs susceptible

²⁶³ M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 514;

²⁶⁴ D. Hess & C. Ford, *supra*, note 50, p. 344;

²⁶⁵ M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 544;

²⁶⁶ M. Diamantis, *supra*, note 21, p. 2;

²⁶⁷ D. Uhlmann, *supra*, note 70, p. 1246;

²⁶⁸ V. Root, *supra*, note 210, p. 1040;

²⁶⁹ C. Ford, *supra*, note 100, p. 18;

d'occulter les enjeux qui découlent des structures, d'en créer de nouveaux et même, ultimement, de favoriser la récidive²⁷⁰.

On reconnaît toutefois que de tels efforts doivent être bien dosés et encadrés afin de donner les résultats escomptés²⁷¹.

Il appert que l'imposition d'exigences visant la modification des comportements et pratiques a aussi des effets dissuasifs. En effet, la mise en place de telles mesures implique des coûts parfois importants et les personnes morales préféreraient, comme pour les sanctions monétaires, pouvoir les éviter. Mais il y a plus. L'imposition d'exigences visant la modification des comportements et pratiques implique souvent que des tiers (un organisme d'application de la loi, un tribunal, des consultants, un moniteur, etc.) interviennent dans la conception, la mise en place et le suivi des mesures. Il s'agit d'un exercice extrêmement intrusif. On comprend bien que les dirigeants soient rarement enthousiasmés par ce type d'intervention externe ce qui a, de ce fait, un effet dissuasif important²⁷². Une telle perspective pourrait même avoir pour effet, d'une part, de dissuader les comportements répréhensibles et, d'autre part, de favoriser la mise en place volontaire des mécanismes nécessaires afin d'éviter que de tels manquements soient effectivement commis²⁷³.

Aussi, l'imposition d'exigences visant la modification des comportements et pratiques pourra très bien impliquer, directement ou indirectement, que des individus soient remerciés, rétrogradés ou autrement sanctionnés. La possibilité que des personnes physiques soient ainsi affectées aura un effet dissuasif à l'égard des personnes physiques puisque de telles approches

²⁷⁰ B. L. Garrett, *supra*, note 253, p. 1;

²⁷¹ « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », *supra*, note 166, pp. 365-366;

²⁷² M. Diamantis, *supra*, note 21, p. 2;

²⁷³ « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », *supra*, note 166, p. 363;

« indirectes » représentent des mesures dissuasives que l'on sait efficaces.²⁷⁴ Elle favorisera de plus la redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis (*infra*).

Cette conception permet aussi de mettre la personne morale à contribution afin qu'elle mitige, elle-même, les risques de récidive²⁷⁵ ce qui est d'autant plus important que l'on tente par divers moyens de mobiliser et d'aussi mettre à contribution à cette fin toutes les autres parties prenantes²⁷⁶. Il est nécessaire de faire en sorte que les personnes morales elles-mêmes participent à l'effort et contribuent à l'amélioration de leurs comportements et pratiques. Une telle approche a pour avantage d'envoyer un message clair à l'effet que le respect des exigences législatives et réglementaires est une responsabilité organisationnelle de la personne morale qui doit se traduire par une culture de conformité et de gestion des risques conséquente²⁷⁷. Une telle approche permet donc de partager ce « fardeau » entre les personnes morales et les organismes d'application de la loi plutôt que de le faire supporter uniquement par ces derniers²⁷⁸.

L'imposition d'exigences menant à une modification des comportements et pratiques serait surtout efficace et appropriée dans les cas de manquements de nature structurelle plutôt que dans les cas de manquements isolés qui découlent de gestes d'un nombre limité de personnes physiques identifiables. Elle pourrait malgré tout demeurer nécessaire, dans ce dernier cas, lorsque les pressions structurelles sont telles qu'elles risquent de continuer à induire des comportements répréhensibles chez les personnes physiques²⁷⁹.

²⁷⁴ M. Diamantis, *supra*, note 21, pp. 3-4;

²⁷⁵ R. A. Tomasic, *supra*, note 152, p. 18;

²⁷⁶ On pense par exemple aux obligations imposées aux dirigeants et administrateurs, aux programmes de dénonciation, aux recours statutaires mis à la disposition des actionnaires, aux obligations imposées aux *gatekeepers* ou au rôle confié à l'État malgré le fait qu'il dispose de ressources limitées;

²⁷⁷ R. A. Tomasic, *supra*, note 152, p. 1;

²⁷⁸ *Ibid.*;

²⁷⁹ « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », *supra*, note 166, p. 370;

On le sait, la culture d'une personne morale peut parfois être la principale responsable de manquements commis par des personnes physiques et, dans de tels cas, certains auteurs pensent que des mesures d'application de la loi à l'encontre de la personne morale pourraient jouer un rôle important et mener à des changements à cette culture²⁸⁰. Il en est ainsi parce les personnes morales sont directement impactées par les gestes posés par ces employés dans le cadre de leurs fonctions, mais aussi parce qu'elles exercent un certain contrôle sur les gestes qu'ils posent, déterminent leurs rôles et responsabilités et établissent leur structure de rémunération²⁸¹. La possibilité pour une personne morale d'être éventuellement sanctionnée pour des manquements commis joue un rôle important quant à la ligne de conduite dictée aux personnes physiques qui y évoluent et aux valeurs qui y sont véhiculées. Elle est de ce fait susceptible de favoriser des comportements respectueux des règles applicables plutôt que l'inverse.

Nous sommes d'avis que les conceptions plus « traditionnelle » et plus « interventionniste » de l'application de la loi ne sont pas mutuellement exclusives puisqu'elles utilisent des leviers différents (dissuader, d'une part, et favoriser la modification des comportements et pratiques, d'autre part) afin d'ultimement atteindre l'objectif de prévention des manquements. Elles devraient par conséquent être considérées comme des approches complémentaires en matière d'application de la loi.

Il nous apparaît bien difficile de ne pas nous intéresser au rôle que devraient jouer les personnes morales elles-mêmes en matière d'application de la loi et à la façon dont elles peuvent contribuer aux objectifs de protéger le public et d'assurer l'efficacité et l'intégrité de marchés financiers en lesquels les investisseurs peuvent avoir confiance²⁸². Il nous apparaît aussi bien

²⁸⁰ B. L. Garrett, *supra*, note 95, pp. 1825-1826;

²⁸¹ S. Oded, *supra*, note 40, p. 71;

²⁸² R. A. Tomasic, *supra*, note 152, p. 15;

difficile de balayer du revers de la main une approche qui permet d'améliorer les comportements et pratiques et de réduire les risques que des manquements soient commis²⁸³.

The challenge for corporate law reformers and legal scholars is to broaden the debate on corporate law enforcement and move beyond limited punishment-based models of deterrence and law enforcement.²⁸⁴

On reconnaît depuis quelques décennies déjà que les organismes d'application de la loi devraient rechercher, au moment d'imposer une sanction, la modification des comportements et pratiques de la personne morale avec l'objectif de réduire les risques de récidive. À cette fin, il nous apparaît essentiel qu'ils puissent s'intéresser aux éléments organisationnels qui ont facilité ou permis que le manquement soit commis afin que soient ensuite modifiés les comportements et pratiques de la personne morale de manière à favoriser le respect des lois et règlements applicables et de prévenir des manquements futurs²⁸⁵. Certains parlent, dans un tel contexte, de sanctions constructives ou positives, « geared to organisational reform »²⁸⁶.

Les critiques formulées à l'encontre de cette approche sont essentiellement de nature philosophique et opérationnelle. Elles sont toutefois suffisamment importantes afin d'être prises en compte et d'enrichir la discussion. Elles ne devraient toutefois pas faire en sorte que la conception plus interventionniste de l'application de la loi soit d'emblée écartée. Il s'agit selon nous, dans les cas qui s'y prêtent et lorsque ces efforts sont bien calibrés²⁸⁷ et encadrés, de la solution la plus susceptible de mener à une modification des comportements et pratiques et de restaurer la confiance du public dans le système judiciaire et, dans le cas qui nous intéresse, dans l'industrie des services financiers. Il en est ainsi même si cette approche peut sembler s'éloigner

²⁸³ B. W. Rashkover, *supra*, note 155, p. 536;

²⁸⁴ R. A. Tomasic, *supra*, note 152, p. 18;

²⁸⁵ « Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », *supra*, note 166, p. 361;

²⁸⁶ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 66, p. 493;

²⁸⁷ Bien entendu, les mesures imposées peuvent prendre diverses formes et doivent être adaptées à la société, à sa taille, à son modèle d'affaires ainsi qu'à la nature des manquements commis;

d'une conception plus traditionnelle de l'application de la loi essentiellement fondée sur la dissuasion²⁸⁸.

v. *L'imposition de mesures de réforme dans le secteur financier*

Les organismes d'application de la loi du secteur financier, directement ou par le recours aux tribunaux, disposent d'outils qui leur permettent dans certaines circonstances d'imposer des exigences menant à une modification des comportements et pratiques.

La *Loi sur les valeurs mobilières*²⁸⁹ (la « LVM ») met par exemple à la disposition du Tribunal administratif des marchés financiers (le « TAMF ») des outils qui lui permettent d'imposer des mesures de réforme. On pense par exemple à l'article 262.1 LVM qui permet à l'AMF de demander au TAMF, par suite d'un manquement à une obligation prévue par la législation en valeurs mobilières, d'enjoindre à une personne de se soumettre à une révision de ses pratiques et de ses procédures et d'effectuer les changements requis par l'AMF. Il en est aussi ainsi de l'article 115.9 de la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*²⁹⁰ (la « LDPSF ») et de l'article 127 de la *Loi sur les instruments dérivés*²⁹¹ (la « LID »). En plus de pouvoir enjoindre à une personne de se soumettre à une révision de ses pratiques et de ses procédures et d'effectuer les changements requis par l'AMF, le TAMF peut aussi ordonner le remplacement du dirigeant responsable dans les cas où ce remplacement est nécessaire afin que cessent certaines activités, de restaurer une culture de conformité et d'assurer la protection du public²⁹².

²⁸⁸ On le sait, lorsqu'il est question d'infractions perpétrées en contravention à la législation portant sur les valeurs mobilières par exemple, la dénonciation et la dissuasion sont des objectifs prédominants à considérer. Voir à cet effet: *Autorité des marchés financiers c. Veillet*, 2014 QCCQ 868;

²⁸⁹ *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1;

²⁹⁰ *Loi sur la distribution des produits et services financiers*, RLRQ, c. D-9.2;

²⁹¹ *Loi sur les instruments dérivés*, RLRQ, c. I-14.01;

²⁹² *Autorité des marchés financiers c. Évolution Québec inc.*, 2019 QCTMF 9;

C'est ainsi que, dans *Autorité des marchés financiers c. Beaudoin, Rigolt & Associés inc.*²⁹³, le Bureau de décision et de révision (le « BDR ») (maintenant le TAMF) a, en plus d'imposer des pénalités à la société et à sa personne désignée responsable, ordonné à la société de procéder à ses frais à la nomination d'un vérificateur indépendant dont le mandat consistait à préparer un plan pour répondre pleinement aux lacunes identifiées par l'AMF, à l'aider à le mettre en œuvre et à procéder à un examen de ses progrès à cet égard. Il lui a aussi été ordonné de procéder à la mise en place, à la satisfaction de l'AMF, des mesures de contrôle et de surveillance nécessaires afin de s'assurer que la société, ses dirigeants et ses représentants respectent la LVM et ses règlements (sous forme d'engagement écrit envers l'AMF) et de remplacer son chef de la conformité et sa personne désignée responsable. Les manquements relevés par l'AMF concernaient le système de conformité, la supervision, les pratiques commerciales, les formulaires de tolérance aux risques, la connaissance des clients, la convenance des portefeuilles, les prêts à effet de levier et les obligations relatives aux plaintes.

Dans *Autorité des marchés financiers c. R. Beauchamp & Laplante Courtiers d'assurances inc.*²⁹⁴, le BDR a, en plus d'imposer des pénalités administratives à la société et à son dirigeant responsable, ordonné à la société de procéder à la nomination d'un nouveau dirigeant responsable, de procéder à la nomination d'un nouveau superviseur et de procéder à la mise en place, à la satisfaction de l'AMF, de procédures de contrôle et de surveillance afin de s'assurer que ses représentants respectent la LDPSF et ses règlements. À défaut par la société de respecter l'une ou l'autre des ordonnances prononcées, le BDR suspend son inscription ainsi que le certificat d'exercice de tous les représentants qui lui sont rattachés jusqu'à ce qu'ils soient rattachés à un cabinet inscrit. Les manquements relevés par l'AMF concernaient le défaut de supervision, de fausses informations fournies à l'AMF, les analyses de besoins financiers, les fonds distincts, la procédure de remplacement et la politique de traitement des plaintes et de règlement des différends.

²⁹³ *Autorité des marchés financiers c. Beaudoin, Rigolt & Associés inc.*, 2015 QCBDR 70;

²⁹⁴ *Autorité des marchés financiers c. R. Beauchamp & Laplante Courtiers d'assurances inc.*, 2015 QCBDR 129;

Plus récemment, dans *Autorité des marchés financiers c. Services de gestion CCFL*²⁹⁵, le TAMF a, en plus d'imposer des pénalités administratives à la société, à sa personne désignée responsable et à son chef de la conformité, ordonné à la société de procéder au changement de son chef de la conformité et pris acte de l'engagement de cette dernière de se soumettre à une révision de ses pratiques et procédures et de démontrer à l'AMF, à sa satisfaction, leur mise en place afin de s'assurer que la société et ses dirigeants respectent la LVM et ses règlements. Les manquements relevés par l'AMF concernaient notamment l'absence de culture de conformité, les responsabilités de surveillance du chef de la conformité, les exigences de connaissance et de convenance du client, les divulgations des conflits d'intérêts, l'application de procédures en conformité, le plan de continuité des activités et la conformité financière.

Dans les dossiers de cette nature, l'AMF semble donc adhérer à une conception plus interventionniste de l'application de la loi en demandant régulièrement au TAMF d'imposer des exigences visant une modification des comportements et pratiques²⁹⁶. On remarque par ailleurs que, dans ces dossiers, des pénalités administratives sont recherchées à l'encontre des personnes morales, mais aussi à l'encontre des personnes physiques. Une telle approche semble confirmer que les conceptions plus « traditionnelle » et plus « interventionniste » de l'application de la loi sont complémentaires.

Il serait par ailleurs intéressant, par exemple à partir des résultats des inspections de suivi réalisées par l'AMF ou par l'analyse des plaintes et dénonciations reçues par cette dernière, de vérifier dans quelle mesure les interventions de cette nature ont effectivement un impact positif sur les comportements et pratiques. On pourrait par exemple vérifier si on constate une diminution des plaintes déposées contre les sociétés qui ont déjà fait l'objet de telles mesures

²⁹⁵ *Autorité des marchés financiers c. Services de gestion CCFL*, 2019 QCTMF 2;

²⁹⁶ Voir aussi: *Autorité des marchés financiers c. 9379-4899 Québec inc.*, 2020 QCTMF 43; *Autorité des marchés financiers c. Mieux planifier inc.*, 2020 QCTMF 26; *Autorité des marchés financiers c. Assurances M. Lagrange inc.*, 2018 QCTMF 20;

d'application de la loi ce qui laisserait penser que ces dernières ont effectivement mené à une amélioration des comportements et pratiques.

Un autre outil est à la disposition de l'AMF dans les cas encore plus sérieux où elle a des motifs raisonnables de croire que la gestion à l'égard d'une personne, société ou autre entité est menée d'une manière inadmissible par les dirigeants et administrateurs au regard des principes généralement acceptés et qu'elle est de nature à mettre en danger les droits des épargnants ou de ses membres ou assurés ou à entraîner une dépréciation des valeurs ou titres qu'elle a émis. Il s'agit de l'administration provisoire. La *Loi sur l'encadrement du secteur financier*²⁹⁷ (la « LESF ») permet à l'AMF, dans un tel contexte, de s'adresser à la Cour supérieure afin qu'elle ordonne la nomination d'un administrateur provisoire et lui confère certains pouvoirs. La LESF prévoit même que l'ordonnance rendue peut conférer à l'administrateur provisoire le pouvoir d'exercer tout autre pouvoir ou fonction que la Cour estime approprié afin de permettre à l'administrateur provisoire d'exécuter ses fonctions.

Cet outil a été utilisé récemment par l'AMF dans *Autorité des marchés financiers c. Compagnie mutuelle d'assurances en Église*²⁹⁸ où la Cour supérieure a notamment autorisé l'administrateur provisoire à procéder à la destitution de l'ensemble des administrateurs mis en cause composant le conseil d'administration de la défenderesse, à exercer les pouvoirs des administrateurs et à exercer les pouvoirs du directeur général ou procéder à la nomination d'un directeur général par intérim.

On note aussi, en ce qui concerne les outils à la disposition de l'AMF afin d'imposer des mesures de réforme, l'article 567 de la *Loi sur les coopératives de services financiers*²⁹⁹ qui lui permet d'ordonner à une coopérative de services financiers de prendre les mesures qu'elle indique

²⁹⁷ Voir les articles 19.1 à 19.17 de la *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, RLRQ, c. E-6.1;

²⁹⁸ *Autorité des marchés financiers c. Compagnie mutuelle d'assurances en Église*, 2020 QCCS 4347; *Autorité des marchés financiers c. Compagnie mutuelle d'assurances en Église*, 2020 QCCS 927;

²⁹⁹ *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ, c. C-67.3;

lorsqu'elle estime que la coopérative fait défaut d'exécuter entièrement, correctement et sans retard les obligations auxquelles elle est tenue en vertu de la loi. Cet outil a récemment été utilisé par l'AMF dans le dossier de la fuite de renseignements personnels au Mouvement Desjardins. Dans cette affaire, l'AMF a notamment ordonné que soient mis en place « des mécanismes de contrôle internes suffisamment robustes, notamment en matière de sécurité de l'information, afin d'atténuer efficacement l'exposition aux risques d'incidents liés à la protection des renseignements personnels ». Elle a aussi ordonné à l'entité visée « d'assumer les frais d'une firme d'experts indépendants qui sera approuvée par l'Autorité, dont le mandat sera déterminé par celle-ci et qui lui fera directement rapport, afin d'effectuer une surveillance de l'opérationnalisation des mécanismes de gouvernance et de contrôles mis en place en vue de certifier que le Mouvement Desjardins rencontre les attentes des lignes directrices établies par l'Autorité et des meilleures pratiques au sein de l'industrie »³⁰⁰.

L'ACFM et l'OCRCVM disposent aussi d'outils qui leur permettent d'imposer des mesures de réforme.

Le jury d'audition de l'ACFM est par exemple en mesure d'imposer « la nomination d'un observateur ou d'un consultant indépendant pour surveiller les activités du membre et en faire rapport ou pour élaborer et mettre en œuvre une procédure visant à améliorer la conformité aux exigences réglementaires »³⁰¹.

La règle 9208 de l'OCRCVM prévoit pour sa part que l'OCRCVM peut imposer des conditions à la qualité de membre de l'OCRCVM d'un courtier membre s'il le juge indiqué pour garantir le maintien de la conformité avec les exigences de l'OCRCVM³⁰².

³⁰⁰ Autorité des marchés financiers, Décision 2020-PDG-0074 concernant la Fédération des caisses Desjardins du Québec, 14 décembre 2020. En ligne : <https://bit.ly/3qgXRjC>;

³⁰¹ Association canadienne des courtiers de fonds mutuels, *supra*, note 226, p. 7;

³⁰² Règles de l'OCRCVM. En ligne : <https://bit.ly/3bm8jCk>;

[Ces conditions] doivent être respectées par le courtier membre, sinon il risque l'exclusion des rangs de l'OCRCVM et la perte de son inscription de courtier en placement, en vertu de la législation en valeurs mobilières.

C'est donc une mesure très contraignante, mais qui est axée sur la régularisation d'une situation problématique qu'on juge remédiable pendant que le courtier demeure en opération, par opposition à sa suspension ou exclusion du commerce des valeurs mobilières.³⁰³

C'est en application de cette règle que l'OCRCVM a imposé des conditions à Valeurs Mobilières Banque Laurentienne (« VMBL ») en 2018 après avoir constaté la persistance de certaines irrégularités auxquelles elle ne semblait pas en mesure de pouvoir remédier dans un délai raisonnable: embauche d'un consultant en conformité préalablement approuvé par l'OCRCVM et aux frais de VMBL, préparation et mise en œuvre d'un plan de redressement approuvé par l'OCRCVM et visant à renforcer le système de surveillance de VMBL, rapports d'étape mensuels à l'OCRCVM, attestation du consultant confirmant que les lacunes ciblées par le plan de redressement ont été corrigées et que les correctifs apportés ont été testés et sont efficaces et conformes aux exigences réglementaires et examens ciblés par l'OCRCVM visant à confirmer que les lacunes ciblées par le plan de redressement ont été corrigées conformément aux exigences réglementaires.

2. L'application de la loi à l'encontre des personnes morales afin de favoriser l'indemnisation ou le remboursement des victimes

Les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales devraient être considérées comme *complémentaires* à la recherche de la responsabilité des personnes physiques aussi parce que ces dernières disposent en général de ressources financières limitées ou qu'il peut être difficile d'exécuter un éventuel jugement sur leurs actifs. En effet, les mesures d'application de la loi intentées à l'encontre des personnes physiques sont imparfaites dans les cas où ces dernières ne veulent pas ou ne sont pas en mesure de rembourser ou d'indemniser

³⁰³ *Valeurs Mobilières Banque Laurentienne (Re)*, 2020 OCRCVM 24, paragr. 30-31;

les victimes pour le préjudice subi³⁰⁴. Les recours intentés à l'encontre des personnes morales sont à cet égard plus pratiques puisque la personne morale dispose de « poches profondes »³⁰⁵ et qu'elle est souvent la seule à pouvoir remettre aux victimes des sommes importantes³⁰⁶.

Remarkable payments can be recovered from major corporations, and large restitution funds or forfeitures can be directed to victims of corporate crimes. Compensating victims or obtaining fines, forfeiture, or restitution through individual prosecutions, however, is a more equivocal matter.³⁰⁷

Certaines dispositions de la législation applicable au secteur financier au Québec permettent d'atteindre ce résultat en ce qu'elles prévoient la possibilité pour l'AMF de demander au TAMF, par suite d'un manquement, de rendre des ordonnances visant à « corriger la situation ou à priver une personne des gains réalisés » à l'occasion de ce manquement. L'article 262.1 LVM³⁰⁸ permet par exemple au TAMF d'annuler toute transaction conclue par une personne relativement à des opérations sur valeurs mobilières et de lui enjoindre de rembourser à une autre toute partie des sommes d'argent que cette dernière a versées pour des valeurs mobilières (paragraphe 3). Il permet aussi au TAMF d'enjoindre à une personne de remettre à l'AMF les montants obtenus par suite d'un manquement à une obligation prévue par la législation en valeurs mobilières (paragraphe 9)³⁰⁹. On retrouve des dispositions similaires dans la LID³¹⁰ et dans la LDPSF³¹¹.

³⁰⁴ B. L. Garrett, *supra*, note 95, p. 1851;

³⁰⁵ D. Langevoort, *supra*, note 38, p. 639;

³⁰⁶ B. L. Garrett, *supra*, note 95, p. 1795;

³⁰⁷ *Id.*, p. 1814;

³⁰⁸ *Loi sur les valeurs mobilières, supra*, note 289;

³⁰⁹ Dans un tel cas, l'article 262.2 LVM prévoit notamment que le TAMF doit, si la preuve justifiant cette ordonnance démontre que des personnes ont subi une perte à l'occasion du manquement visé, ordonner à l'AMF de lui soumettre les modalités selon lesquelles les montants remis à l'Autorité seront administrés et pourront être distribués aux personnes ayant subi une perte;

³¹⁰ *Loi sur les instruments dérivés, supra*, note 291, art. 127;

³¹¹ *Loi sur la distribution des produits et services financiers, supra*, note 290, art. 115.9;

Ces outils jouent un rôle important en ce qu'ils permettent d'indemniser ou rembourser les victimes des manquements commis³¹² et qu'ils peuvent généralement être exécutés plus facilement à l'encontre des personnes morales³¹³.

3. L'application de la loi à l'encontre des personnes morales comme outil de redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis

D'une part, il est essentiel de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements commis par des personnes morales afin de les dissuader et d'assurer la responsabilité individuelle. Des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels rendent toutefois la recherche de la responsabilité des personnes physiques particulièrement difficile.

D'autre part, les organismes d'application de la loi disposent de ressources limitées qu'ils doivent allouer en fonction de leurs priorités organisationnelles. On peut penser que s'ils insistent de façon plus importante sur la recherche de la responsabilité des personnes physiques, cela pourrait être au détriment de la recherche de la responsabilité des personnes morales, et vice-versa. Les choix qu'ils feront auront nécessairement des conséquences³¹⁴ puisque les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales et des personnes physiques devraient être *complémentaires* et non des *substituts*³¹⁵.

Dans ce contexte, on peut se demander si les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales ne pourraient pas être utilisées d'une façon telle qu'elles favoriseraient l'utilisation par ces dernières de leurs mécanismes disciplinaires internes et, se faisant, la

³¹² Peter J. Henning, « Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation », (2009) *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 09-21*;

³¹³ D. Langevoort, *supra*, note 38;

³¹⁴ B. Fisse, *supra*, note 65, pp. 498-499;

³¹⁵ B. L. Garrett, *supra*, note 95, p. 1790;

redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis.

a. L'utilisation des mécanismes disciplinaires internes

Une solution pourrait donc être de mettre les personnes morales, elles-mêmes, à contribution en favorisant l'utilisation des mécanismes disciplinaires internes dont elles disposent.

A more promising means of imposing accountability for corporate crime may be to galvanise the internal disciplinary systems of corporations.³¹⁶

The ambition of this strategy is to (...) harness the capacity of corporate liability to produce individual accountability to an extent unattainable through the prosecution of individual defendants.³¹⁷

Il est en effet raisonnable de penser que les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales favorisent la redistribution de la responsabilité³¹⁸ lorsque la personne morale répond à ces mesures par l'utilisation de ses mécanismes disciplinaires internes à l'encontre des personnes physiques responsables des manquements commis³¹⁹.

When corporations have the means of punishing subordinates for illegal behavior, punishing the corporation rather than individuals responsible for wrongdoing may serve to strengthen the corporation's private enforcement system.³²⁰

La responsabilité pourrait ainsi être redistribuée tant en réaction à l'imposition de sanctions par les organismes d'application de la loi qu'avant même qu'elles ne le soient.

³¹⁶ Vanessa Finch, « Personal Accountability and Corporate Control: The Role of Directors' and Officers' Liability Insurance », (1994) 57 *The Modern Law Review* 880, p. 884;

³¹⁷ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 66, p. 474;

³¹⁸ C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 295; B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1159;

³¹⁹ B. Fisse, *supra*, note 64, p. 379;

³²⁰ John T. Scholz, « Enforcement Policy and Corporate Misconduct: The Changing Perspective of Deterrence Theory », (1997) 60(3) *Law and Contemporary Problems* 253, p. 265;

Certains organismes d'application de la loi disposent d'outils qui peuvent favoriser une meilleure utilisation des mécanismes internes dans un contexte de redistribution de la responsabilité. On pense par exemple aux régimes qui reconnaissent et récompensent les efforts déployés par les personnes morales à cette fin³²¹.

Les « Politiques du personnel de l'OCRCVM » soulignent par exemple que l'imposition de mesures disciplinaires internes à une personne réglementée est une pratique à encourager, car « il convient que le courtier membre sanctionne efficacement la conduite de ses employés et favorise une culture de conformité »³²². L'imposition de telles sanctions à une personne réglementée est susceptible de mener à une réduction des sanctions recherchées à l'encontre du courtier membre et favorise donc la redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables.

De tels régimes ont donc pour effet d'inciter les personnes morales à *volontairement* utiliser leurs mécanismes internes et favorisent la responsabilité individuelle.

C'est alors que l'on se bute à l'un des plus importants écueils en matière de responsabilité individuelle dans le contexte de manquements commis par des personnes morales³²³. Lorsqu'elles sont tenues responsables, les personnes morales n'utilisent généralement pas les mécanismes internes à leur disposition afin de sanctionner les personnes physiques responsables des manquements, alors qu'on s'attendrait à ce qu'elles le fassent³²⁴.

³²¹ S. Oded, *supra*, note 40, p. 86; L'imposition de mesures disciplinaires internes à l'encontre de la personne physique responsable du manquement commis pourrait par exemple être considérée dans la détermination de la sanction à laquelle la personne morale s'expose;

³²² Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières, *supra*, note 236;

³²³ L'autre écueil en matière de responsabilité individuelle dans le contexte de manquements commis par des personnes morales est la sous-utilisation par les organismes d'application de la loi de la responsabilité individuelle (puisque ce sont généralement les personnes morales qui sont principalement visées par les procédures intentées et non pas les personnes physiques). Voir à cet effet : B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 66, pp. 468-469;

³²⁴ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 66, pp. 468-469;

Cette situation s'explique principalement par le fait que les personnes morales n'ont que peu d'incitatifs à utiliser leurs mécanismes internes surtout qu'il peut s'agir d'un exercice coûteux, perturbateur pour les activités, embarrassant pour les dirigeants ou même préjudiciable dans le cas d'un éventuel litige impliquant la personne morale, ses dirigeants ou ses administrateurs³²⁵. On pourrait aussi penser qu'elles ont encore moins d'incitatifs à le faire lorsque la personne physique responsable du manquement commis est un employé-clé ou un employé performant qui génère des bénéfices importants³²⁶.

Il est généralement plus simple pour les personnes morales d'acquiescer les sanctions monétaires imposées (c'est-à-dire de s'en débarrasser en tirant un chèque), de définitivement mettre un terme à l'affaire et de passer à autre chose. C'est pourquoi l'imposition de sanctions à l'encontre de la personne morale ne mène généralement pas à l'utilisation par cette dernière de ses mécanismes disciplinaires internes. Il s'agit là d'une occasion manquée d'assurer la redistribution de la responsabilité.

Déjà en 1976, la Commission de réforme du droit du Canada se posait la question de savoir quel rôle devaient jouer les personnes morales dans la recherche de la responsabilité des personnes physiques responsables des manquements commis³²⁷ :

In a society moving increasingly towards group action it may become impractical, in terms of allocation of resources, to deal with systems through their components. In many cases it would appear more sensible to transfer to the corporation the

³²⁵ C. Beaton-Wells & B. Fisse, *supra*, note 43, p. 299; B. Fisse, *supra*, note 64, p. 379; B. Fisse, *supra*, note 65, p. 472;

³²⁶ Quinze pourcent des répondants à un sondage réalisé en 2015 ont affirmé croire qu'il était probable que leurs dirigeants détournent le regard et ignorent des soupçons selon lesquels un employé performant aurait permis de réaliser des profits importants grâce à des délits d'initiés. À la question de savoir si les dirigeants apprenant qu'un de ces employés performants s'était effectivement livré à des délits d'initié signaleraient la situation aux autorités réglementaires, 17% des répondants estimaient improbable que les dirigeants signalent ainsi la situation aux autorités réglementaires. Voir à cet effet : University of Notre-Dame & Labaton Sucharow LLP, *The Street, The Bull and The Crisis: A Survey of the US & UK Financial Services Industry*, 2015, p. 7. En ligne: https://www.secwhistlebloweradvocate.com/pdf/Labaton-2015-Survey-report_12.pdf. Ces résultats permettent de penser qu'il est peu vraisemblable que la personne morale utilise ses mécanismes disciplinaires internes afin de sanctionner de tels employés performants lorsqu'ils sont responsables des manquements commis;

³²⁷ B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1222; V. Finch, *supra*, note 361, p. 884; B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, p. 80;

responsibility of policing itself, forcing it to take steps to ensure that harm does not materialize through the conduct of people within the organization. Rather than having the state monitor the activities of each person within the organization, which is costly and raises practical enforcement difficulties, it may be more efficient to force the corporation to do this, especially if sanctions imposed on the corporation can be translated into effective action at the individual level.³²⁸

Peut-être est-il maintenant nécessaire d'aller plus loin et d'aussi considérer l'imposition par un organisme d'application de la loi ou par un tribunal civil, administratif, pénal ou criminel de sanctions prévoyant notamment l'utilisation des mécanismes disciplinaires internes³²⁹. Une telle approche permettrait d'accroître l'impact qu'est susceptible d'avoir la responsabilité corporative sur la responsabilité individuelle, via les mécanismes internes³³⁰.

Corporations have the capacity but not the will to deliver clearly defined accountability for law-breaking. Enforcement agencies and courts of law, obversely, may have the will but lack the capacity. Hence, the solution is to bring together the capacity of private justice systems - in order to identify who was responsible - with the will of the public justice system to demand accountability on a principled or controlled basis.³³¹

Elle permettrait, selon certains auteurs, de convertir la personne morale en « an ingenious device for the maximisation of accountability »³³².

Un des reproches formulés à l'encontre d'une telle approche découle du scepticisme relatif à la qualité des démarches que pourrait ainsi entreprendre la personne morale. En effet, cette dernière pourrait ne pas leur accorder le sérieux et l'exhaustivité qu'elles requièrent³³³.

³²⁸ Law Reform Commission of Canada, *Criminal Responsibility for Group Action*, Working Paper 16, 1976, p. 31;

³²⁹ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 383; C. Ford, *supra*, note 100;

³³⁰ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 66, p. 499;

³³¹ B. Fisse, *supra*, note 64, p. 383;

³³² *Id.*, p. 386;

³³³ *Id.*, pp. 384-385;

Certains auteurs nous mettent aussi en garde puisque le fait de considérer l'utilisation des mécanismes disciplinaires internes peut mener à des situations où ce sont plutôt des boucs émissaires (« scapegoat ») qui seront identifiés et ainsi sanctionnés (certains diraient « sacrifiés »)³³⁴. C'est ce que fait craindre le déséquilibre qui caractérise les « interactions verticales » entre les personnes morales et leurs dirigeants et employés. Il est vraisemblable de penser que les personnes morales ont le potentiel de contribuer à la redistribution de la responsabilité. Il est aussi vraisemblable de penser que certaines personnes morales pourraient vouloir faire supporter la responsabilité des manquements commis par un bouc émissaire en espérant que l'organisme d'application de la loi ou le tribunal s'en satisfasse et décide de ne pas sanctionner (ou de sanctionner de façon plus clémentine) la personne morale, ses dirigeants ou ses employés clés³³⁵.

Bien qu'il puisse être tout à fait approprié de ne sanctionner que les quelques personnes physiques indésirables qui sont directement responsables des manquements commis par la personne morale (les proverbiales « bad apples »)³³⁶, cette solution peut dans certains cas s'avérer inadéquate. En effet, ce ne sont pas tous les manquements commis par les personnes morales qui peuvent ainsi être attribués au comportement de quelques individus qui agissent de leur propre initiative en contrevenant aux règles pour leur bénéfice individuel. Dans plusieurs cas, le manquement peut être le résultat de conditions organisationnelles ou culturelles et il est possible que le fait que le manquement commis résulte d'un problème organisationnel plus large soit alors occulté³³⁷.

³³⁴ B. Fisse, *supra*, note 56, p. 25;

³³⁵ A. Jordanoska, *supra*, note 93, p. 3; Il est toutefois possible de concevoir et mettre en place des mécanismes visant à prévenir les pratiques injustes. Voir à cet effet : B. Fisse, *supra*, note 64, p. 384;

³³⁶ Cristie Ford & David Hess, « Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance? », (2009) 34 *J Corp L* 679, p. 20;

³³⁷ C. Ford, *supra*, note 100, p. 40;

La culture d'une personne morale joue un rôle important en ce qu'elle influence le comportement des individus qui y œuvrent³³⁸. Les personnes morales dont la culture n'est pas éthique placent les personnes physiques dans un environnement qui les pousse à rationaliser des gestes qu'ils n'auraient pas rationalisés autrement. Les normes sociales de la personne morale, sa structure de rémunération et son système de promotion sont autant de facteurs qui peuvent mener les personnes physiques à rationaliser des comportements par ailleurs inacceptables et à plutôt les considérer comme étant normaux, comme étant la façon de « faire des affaires ». On le sait, une telle rationalisation morale mènera tout d'abord à des gestes opportunistes d'envergure limitée. Ceux-ci mèneront éventuellement à des gestes de plus en plus importants susceptibles de mener la personne physique à franchir, parfois sans même le réaliser, la frontière de la légalité³³⁹. Si la réponse au manquement commis par la personne morale n'est que de congédier la personne physique responsable du manquement sans changer le contexte dans lequel cette personne évoluait, le manquement pourrait très bien survenir à nouveau dans le futur. Le fait de ne s'intéresser qu'à la personne physique sans s'intéresser à la culture de l'organisation ne serait donc qu'une réponse partielle et mènerait à un résultat inefficace³⁴⁰.

On pourrait aussi reprocher à cette approche son manque de formalisme ainsi que son opacité tant en ce qui concerne le processus suivi, les constats réalisés que les mesures prises par la personne morale. En effet, l'utilisation des mécanismes disciplinaires internes afin de redistribuer la responsabilité n'offre pas la même visibilité que les approches traditionnelles d'application de la loi. De ce fait, elle pourrait ne pas avoir d'effet en matière de dissuasion générale et pourrait ne pas contribuer à restaurer la confiance du public, bien au contraire.

³³⁸ *Id.*, p. 16;

³³⁹ Donald C. Langevoort, « Chasing the Greased Pig down Wall Street: A Gatekeeper's Guide to the Psychology, Culture, and Ethics of Financial Risk Taking », (2011) 96 *Cornell L. Rev.* 1209, p. 1214;

³⁴⁰ Cristie Ford & David Hess, « Corporate Monitorships and New Governance Regulation: In Theory, in Practice, and in Context », (2011) 33 *Law & Policy* 509, p. 512; C. Ford, *supra*, note 100, pp. 16-17;

À l’opposé, certains auteurs reconnaissent sans équivoque la pertinence d’une telle approche et soulignent que les organismes d’application de la loi devraient utiliser l’ensemble de leurs pouvoirs afin de favoriser l’utilisation par les personnes morales de leurs mécanismes disciplinaires internes³⁴¹.

En plus de permettre de redistribuer la responsabilité, cette approche présenterait un certain nombre d’avantages.

Elle permet tout d’abord de tirer profit de la position privilégiée dont jouissent les personnes morales afin de contrôler, surveiller et éventuellement sanctionner leurs dirigeants et employés. En effet, les ressources internes des personnes morales sont à cette fin en bien meilleure position que des ressources externes ne serait-ce que parce qu’elles connaissent et comprennent les activités, comportements et pratiques de la personne morale et disposent de l’expertise technique nécessaire : « [T]he corporation has the comparative advantage at investigation because it can compel its employees and agents to cooperate (or face termination) and it can more easily search its own records and corporate emails »³⁴².

Elle permet aussi de limiter l’investissement par les organismes d’application de la loi de leurs ressources limitées qui doivent être allouées en fonction de leurs priorités organisationnelles³⁴³.

A wide spread of individual accountability would be achievable without impinging on the limited resources of enforcement agencies.³⁴⁴

More suspects can be dealt with and held accountable by internal disciplinary means than would be possible if the same finite resources were used for the much more costly process of prosecution.³⁴⁵

³⁴¹ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, p. 15;

³⁴² J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, p. 142;

³⁴³ B. Fisse, *supra*, note 64, p. 384;

³⁴⁴ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 384;

³⁴⁵ B. Fisse, *supra*, note 64, p. 386;

L'autre côté de cette même médaille est que cette approche permet de faire supporter par la personne morale le coût d'enquêter sur la responsabilité des manquements qu'elle a commis plutôt que de le faire supporter par les organismes d'application de la loi et, ultimement, par leurs assujettis ou par les contribuables³⁴⁶. Cet argument est fondé sur une logique d'efficacité économique voulant que les personnes morales supportent les coûts des externalités qu'elles produisent³⁴⁷.

The approach suggested is geared to making the corporation itself responsible for investigating and reporting on internal discipline following an offence, and to enforcing that responsibility. Unlike the inscrutability of fines against companies, a court order requiring internal discipline to be undertaken would expressly communicate the message that it is the responsibility of the corporation to ensure accountability.³⁴⁸

Cette approche est aussi susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'encontre des personnes physiques qui sauront que, en cas de manquement, la personne morale cherchera à redistribuer la responsabilité via ses mécanismes disciplinaires internes et de l'allouer aux personnes physiques responsables³⁴⁹. Les éventuelles sanctions qui en découlent seraient au moins aussi dissuasives que celles traditionnellement imposées par les organismes d'application de la loi ou les tribunaux :

[I]t is misleading to discount the deterrent impact. Breaches of company rules may jeopardise opportunities for promotion or even retention of one's job (...) Above all, there is the risk of being shamed before one's peers. Shaming has a personalised conscience-building and educative role that is lacking in purely legalistic regimes of punishment. Furthermore, shaming within corporations may involve the repeated day-to-day attentions of a group of associates.

(...)

³⁴⁶ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 512;

³⁴⁷ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, p. 167;

³⁴⁸ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 513;

³⁴⁹ B. Fisse, *supra*, note 37, p. 1165;

This conception of internal justice systems neglects the significance of dismissal, shame, relocation, delay in promotion and other sanctions, the non-monetary effects of which may be more important than monetary loss.³⁵⁰

Cette approche aurait aussi l'avantage de ne pas affecter les tiers innocents comme peuvent le faire les sanctions monétaires imposées à une personne morale³⁵¹ :

These forms of sanctions are more likely to penetrate the black box of corporations than the relatively blunt instrument of fines. Non-monetary impacts are also less readily transmitted to shareholders, workers and consumers. Unwanted overspill effects would thus be reduced.³⁵²

On souligne toutefois que cette approche ne devrait être considérée que dans les cas où les manquements commis ne sont pas parmi les manquements les plus graves. En ce qui concerne ces derniers, les ressources nécessaires devraient être investies par les organismes d'application de la loi afin qu'ils recherchent eux-mêmes la responsabilité des personnes physiques responsables de ces manquements. Il en est ainsi, notamment, parce que l'éventail des sanctions disponibles en application des mécanismes disciplinaires et leur éventuelle diffusion sont insuffisants afin que soient adéquatement traités des manquements de cette nature³⁵³.

Il nous apparaît bien difficile de ne pas nous intéresser au rôle que pourraient (ou devraient) jouer les personnes morales en matière de redistribution de la responsabilité des manquements commis et de recherche de la responsabilité individuelle et de balayer du revers de la main, dans les cas qui s'y prêtent, une solution qui vient pallier le fait qu'elles n'utilisent pas *volontairement*

³⁵⁰ B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, pp. 79, 81; Voir aussi au même effet : John Braithwaite, *supra*, note 27, p. 69: « It would seem that sanctions imposed by relatives, friends or a personally relevant collectivity have more effect on criminal behavior than sanctions imposed by a remote legal authority. I will argue that this is because repute in the eyes of close acquaintances matters more to people than the opinions or actions of criminal justice officials »;

³⁵¹ B. Fisse, *supra*, note 65, p. 501;

³⁵² B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, p. 188;

³⁵³ B. Fisse, *supra*, note 64, p. 385; B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, p. 145;

les mécanismes disciplinaires internes à leur disposition afin de sanctionner les personnes physiques, alors qu'on s'attendrait à ce qu'elles le fassent.

Il est vrai que cette approche présente certains risques. Le plus sérieux est certainement celui que des employés subalternes, indésirables ou vulnérables soient sacrifiés dans l'espoir que l'organisme d'application de la loi ou le tribunal s'en satisfasse et décide de ne pas sanctionner (ou de sanctionner de façon plus clémente) la personne morale, ses dirigeants ou ses employés clés. Des mécanismes sont proposés par les auteurs afin de limiter les risques qu'un tel scénario se matérialise³⁵⁴. Au Québec, par exemple, le régime applicable (*Code civil du Québec, Loi sur les normes du travail, Code canadien du travail, conventions collectives, Code du travail, etc.*) offre certaines protections (bien qu'incomplètes) contre de telles pratiques.

En ce qui concerne la crainte qui découle du fait que le manquement puisse être le résultat de conditions organisationnelles ou culturelles et que le fait de ne s'intéresser qu'à la personne physique sans s'intéresser à ces conditions ne pourrait être qu'une réponse partielle qui mènerait à un résultat inefficace ou insuffisant, elle est sans doute justifiée. En fait, elle est sans doute justifiée dans les cas où cette mesure est imposée isolément, en vase clos. De telles mesures doivent faire partie d'un bouquet plus large d'exigences qui ont comme objectif la mise en place de mécanismes favorisant une modification des comportements et pratiques et qui visent à éviter que de tels manquements ne se reproduisent.

Quant au scepticisme relatif à la qualité des démarches que pourrait ainsi entreprendre la personne morale, il est bien entendu essentiel d'en valider la qualité (par un tiers, si nécessaire) mais c'est vraisemblablement l'éventail de sanctions pouvant être imposées à la personne morale qui jouera un rôle important quant à sa bonne foi, au sérieux qu'elle accordera à cette démarche et à l'exhaustivité de cette dernière. L'ensemble des pouvoirs des organismes

³⁵⁴ B. Fisse, *supra*, note 64, p. 384; B. Fisse & J. Braithwaite, *supra*, note 51, pp. 182-183;

d'application de la loi doit par conséquent servir d'épée de Damoclès. Il est aussi possible d'atténuer cette préoccupation en identifiant les cadres supérieurs ou membres du conseil qui seront responsables, d'une part, de la démarche mais aussi, d'autre part, d'attester de la bonne foi de la personne morale et du sérieux et de l'exhaustivité de la démarche disciplinaire entreprise³⁵⁵.

Serait-il préférable que les organismes d'application de la loi sanctionnent systématiquement les personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales? Oui, mais cet idéal apparaît illusoire. Serait-il souhaitable que les personnes morales redistribuent volontairement la responsabilité individuelle en utilisant leurs mécanismes disciplinaires internes? Oui, mais ce résultat apparaît incertain. Il nous apparaît donc nécessaire d'encourager l'utilisation par les organismes d'application de la loi et les tribunaux des outils dont ils disposent afin de provoquer, volontairement ou non, l'utilisation des mécanismes disciplinaires internes à des fins de redistribution de la responsabilité. Comme le mentionnait un auteur :

Admittedly, this may not be the ideal way to address individual misconduct. A well-functioning system for individual white-collar criminal justice would be preferable. But when the ideal has proven elusive despite decades of effort, second-best may be the best we can do.³⁵⁶

b. Le Yates Memo

Qu'en est-il de l'opportunité d'aller un pas plus loin et de demander à la personne morale de faire enquête et de remettre à l'organisme d'application de la loi tous les faits et éléments de preuve pertinents relatifs aux personnes physiques responsables des manquements commis afin que ce dernier puisse tenter des procédures à leur encontre?

³⁵⁵ B. Fisse, *supra*, note 64, pp. 384-385;

³⁵⁶ M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 568;

Bien que ce texte s'intéresse plutôt à la redistribution de la responsabilité par l'utilisation des mécanismes disciplinaires internes de la personne morale, il est difficile de parler de responsabilité individuelle sans parler du *Yates Memo*, dont le titre est par ailleurs : « Individual Accountability for Corporate Wrongdoing »³⁵⁷. Nous n'allons toutefois pas procéder à une analyse détaillée de ce régime et de ses avantages et inconvénients puisqu'une telle analyse pourrait très bien, en elle-même, faire l'objet d'une étude distincte.

Cette note transmise le 9 septembre 2015 par la procureure générale adjointe des États-Unis, Sally Q. Yates, aux « Assistant Attorney General » constitue certainement un des efforts récents les plus remarquables afin de favoriser la responsabilité individuelle des administrateurs, dirigeants et employés responsables des manquements commis par les personnes morales. Les critiques formulées dans le passé quant aux pratiques du DOJ ne sont pas étrangères à la transmission du *Yates Memo*.

The Yates Memo restates the DOJ's view of criminal law and prosecutorial discretion as utilitarian tools that should be used pragmatically to protect the public, but it also emphasizes a new element: the public demand for individual accountability. The bulk of the Yates Memo makes pragmatic adjustments in departmental practices to overcome the special problems of pursuing individuals for misconduct in the corporate setting.³⁵⁸

Le *Yates Memo* expose une série de mesures. Celle qui nous intéresse plus particulièrement prévoit que, « [t]o be eligible for any cooperation credit, corporations must provide to the Department all relevant facts about the individuals involved in corporate misconduct ». Pour être admissible à tout crédit de collaboration, la personne morale doit donc identifier toutes les personnes physiques impliquées dans les manquements commis, indépendamment de leur poste, statut ou niveau hiérarchique, et fournir au DOJ tous les faits relatifs à ces

³⁵⁷ S. Q. Yates, *supra*, note 61;

³⁵⁸ Sara Sun Beale, « The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability and the Yates Memo », (2016) 46 *Stetson Law Review* 41;

manquements³⁵⁹. L'importance du crédit de collaboration accordé par le DOJ dépendra de facteurs qui sont traditionnellement considérés à cette fin, dont la rapidité et la proactivité de la collaboration ainsi que la diligence, la rigueur et la rapidité de l'enquête interne³⁶⁰.

Une telle approche peut sembler attrayante à première vue, mais présente un certain nombre de difficultés. Notons tout d'abord que l'ensemble des reproches formulés par les auteurs quant à l'opportunité de mettre les personnes morales elles-mêmes à contribution en favorisant l'utilisation des mécanismes disciplinaires internes dont elles disposent (*supra*) sont exacerbés dans le contexte d'une approche favorisant l'identification par la personne morale de toutes les personnes physiques impliquées dans les manquements commis et la remise de tous les faits relatifs à ces manquements afin que l'organisme prenne lui-même des procédures.

D'autres questions sérieuses se posent, dont plusieurs concernent des droits fondamentaux³⁶¹. Certaines d'entre elles concernent le secret professionnel dont bénéficie la personne morale. La menace de poursuite et l'offre d'un crédit de collaboration sont généralement utilisées afin d'avoir accès à l'enquête interne réalisée par la personne morale, sans égard à son droit au secret professionnel. On perpétuerait ainsi une culture de renonciation qui incite les personnes morales qui procèdent à de telles enquêtes à renoncer à leur secret professionnel et à fournir les résultats au DOJ en échange d'un crédit de collaboration³⁶².

D'autres questions concernent par exemple le droit pour les employés à l'assistance d'un avocat et le droit à la protection contre l'auto-incrimination dans le contexte d'une enquête interne

³⁵⁹ Cette exigence a toutefois été nuancée sous l'administration Trump. Dans une allocution prononcée en 2018, le procureur général adjoint des États-Unis mentionnait que : « Our revised policy also makes clear that any company seeking cooperation credit in criminal cases must identify every individual who was substantially involved in or responsible for the criminal conduct ». Voir: Rod J. Rosenstein, *Remarks at the American Conference Institute's 35th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act*, 2018. En ligne: <https://bit.ly/3ecelqL>;

³⁶⁰ S. Q. Yates, *supra*, note 61, p. 3;

³⁶¹ Voir notamment à ce sujet : K. B. Copeland, *supra*, note 125; Paul J. Larkin Jr. & John Michael Seibler, « All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability », (2016) 46 *Stetson L. Rev.* 7;

³⁶² K. B. Copeland, *supra*, note 125, pp. 1907-1908;

dont le produit sera transmis au pouvoir gouvernemental afin de lui permettre d'intenter des procédures (parfois même de nature criminelle) à l'encontre de ces employés³⁶³. Les employés se retrouvent donc dans la délicate position où ils doivent collaborer à une enquête interne (ou, à défaut, s'exposer à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement) qui pourrait ne pas être assujettie aux règles qui s'appliqueraient si l'organisme d'application de la loi menait lui-même l'enquête. On peut donc penser que des employés pourraient, dans certaines circonstances, devoir choisir entre s'incriminer ou perdre leur emploi.

c. Les pratiques de rémunération

L'objectif de ce mémoire n'est certainement pas de discuter des meilleures pratiques en matière de rémunération ou de faire une analyse de leurs avantages et inconvénients respectifs. Toutefois, il est pertinent de s'y intéresser brièvement puisqu'il s'agit d'un outil qui, tout comme les mécanismes disciplinaires internes, permet à la personne morale de redistribuer elle-même la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis. Notons que ce sujet aurait aussi pu être traité plus avant dans ce texte puisque la mise en place de telles pratiques favorise une modification des comportements et pratiques et permet de prévenir d'éventuels manquements. Nous choisissons de le traiter dans cette section puisque de telles pratiques permettent une redistribution par les personnes morales de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis.

Certaines pratiques de rémunération sont donc reconnues comme favorisant la responsabilité individuelle. On pense par exemple aux reports, aux récupérations et aux périodes de rétention :

- les pratiques de rémunération ne devraient pas induire des comportements ou résultats contre-productifs ou inappropriés;

³⁶³ *Id.*, p. 1919; Voir notamment à ce sujet: *U.S. c. Connolly*, 2019 WL 2120523 (S.D.N.Y.);

- les reports (« deferrals »), les récupérations (« clawbacks ») et les périodes de rétention des capitaux propres après la fin d'emploi (« post-termination equity retention periods ») favorisent des niveaux appropriés de prise de risque et alignent la rémunération avec les résultats à long terme et les intérêts des autres parties prenantes;
- les organisations devraient adopter des politiques de récupération;
- les politiques de récupération devraient couvrir toutes les formes de rémunération incitative, y compris les octrois acquis, payés et non payés; et
- lorsque la rémunération incitative à court terme est la composante la plus importante de la rémunération des cadres supérieurs, une partie des paiements devrait être reportée³⁶⁴.

Les pratiques de rémunération, plus particulièrement celles relatives à la récupération, présentent un certain nombre d'avantages qui sont pertinents dans le contexte de ce mémoire. En effet, elles peuvent mener à une modification des comportements et pratiques, jouer un rôle dissuasif et favoriser la responsabilité individuelle.

Parce qu'elles permettent d'imposer une conséquence financière *ex post* à un dirigeant ou un employé qui a posé un geste répréhensible et aussi de tenir compte du fait que les conséquences d'une décision peuvent survenir ou être exposées longtemps après qu'elle ait été prise et après que la rémunération ait été versée, de telles pratiques réduisent la prise de risques inappropriés et imprudents³⁶⁵ et induisent de meilleures décisions³⁶⁶.

Their promise, thus, is not only therapeutic (recouping resources for the company when their payout *ex post* lacks justification), but also – perhaps primarily –

³⁶⁴ Willis Towers Watson, *Principles and Elements of Effective Executive Compensation Design*, 2020;

³⁶⁵ Mais peut-être aussi, de façon incidente, la prise de risques d'affaires appropriés et même souhaitables;

³⁶⁶ Ilona Babenko, Benjamin Bennett, John Bizjak, & Jeffrey L. Coles, « Clawback Provisions », 14 juillet 2017, p. 2;

preventive: ideally, they help incentivize executives to act in such a way that prevents situations in which *ex post* a correction of payments is needed.³⁶⁷

En ce qui concerne la dissuasion, on a vu qu'elle comporte trois composantes essentielles : la certitude, la sévérité et la célérité. Une politique de récupération efficace et contraignante peut très bien présenter toutes ces qualités. Une telle politique sera en effet susceptible d'accroître la perception de la vraisemblance de voir un éventuel manquement détecté et « sanctionné », de prévoir des conséquences importantes et d'être mise en application beaucoup plus rapidement que n'importe quel autre recours³⁶⁸. On reconnaît que de telles pratiques qui permettent d'imposer une conséquence financière à un dirigeant ont effectivement un effet dissuasif et on pense même qu'elles peuvent inciter ceux qui sont témoins de tels comportements à les dénoncer afin d'éviter d'être éventuellement affectés par les mesures mises de l'avant³⁶⁹.

Une politique de récupération favorise aussi, sans aucun doute, la responsabilité individuelle en retransférant les risques de la personne morale à la personne physique et en forçant donc cette dernière à répondre de ses gestes et à en subir les conséquences : « [C]lawbacks transfer a component of financial reporting risk from the firm to the manager, thus, forcing managers to more directly bear the risks associated with their actions »³⁷⁰.

Certaines juridictions imposent l'obligation d'adopter de telles pratiques en matière de rémunération. Ce n'est pas le cas du Canada.

³⁶⁷ Johanna Stark, « Clawback Provisions in Executive Compensation Contracts », (2020) *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2020-06*, p. 6;

³⁶⁸ Allison Kristina Beck, *Clawback Provisions: How Sharp Are the Claws? An Analysis of the Deterrence Effectiveness of Voluntary Clawback Provisions*, Thèse de doctorat, Knoxville, University of Tennessee, 2012, pp. 13 et 14. En ligne: https://trace.tennessee.edu/utk_graddiss/1267;

³⁶⁹ J. C. Coffee Jr., *supra*, note 5, pp. 136, 148;

³⁷⁰ A. K. Beck, *supra*, note 368, p. 5;

En février 2018, le législateur australien a modifié sa loi sur les banques afin d’y ajouter le « Banking Executive Accountability Regime » (le « BEAR »). Ce régime vise à établir des attentes claires et plus strictes en matière de responsabilité des institutions de dépôts, de leurs administrateurs et dirigeants et de s’assurer que des conséquences claires découlent pour ceux-ci d’un manquement important à ces attentes³⁷¹. Essentiellement, le BEAR crée une nouvelle catégorie d’inscription (« accountable persons ») et impose des obligations à l’institution de dépôts ainsi qu’aux personnes qui doivent ainsi être inscrites (essentiellement les membres du conseil d’administration, les membres de la haute direction qui exercent des fonctions dans la gestion ou le contrôle d’une partie ou d’un aspect important ou substantiel des activités de l’institution et certains membres de la haute direction pour des responsabilités spécifiques prévues par la loi)³⁷².

Le BEAR fait un lien entre la responsabilité et la rémunération en prévoyant qu’une portion de la partie variable de la rémunération d’une personne responsable, jusqu’à un certain niveau et pour une certaine période de temps, doit être retenue par l’institution de dépôts. Cette rémunération peut, en cas de manquement par la personne responsable, être réduite de façon proportionnelle à l’importance du manquement commis. Une telle réduction de la rémunération variable ne doit pas nécessairement être une réduction de la rémunération variable liée à la période au cours de laquelle le manquement est survenu et peut même être une réduction à zéro³⁷³.

Le SM&CR mis de l’avant au Royaume-Uni (*supra*) prévoit quant à lui que les grandes banques doivent verser au moins 50 % de toute rémunération variable autrement qu’en argent comptant (par exemple, en actions ou véhicules similaires) afin de favoriser un meilleur alignement entre les intérêts à long terme des cadres supérieurs et ceux des actionnaires. Afin de favoriser de

³⁷¹ Australian Prudential Regulatory Authority, « Information Paper – Implementing the Banking Executive Accountability Regime », 2018, p. 4. En ligne: <https://bit.ly/3sSxkLc>;

³⁷² *Banking Act 1959*, art. 37BA et 37BB;

³⁷³ *Id.*, art. 37E;

meilleures pratiques, le SM&CR exige qu'au moins 40 % de la rémunération variable totale accordée soit reportée. Cette proportion passe à 60 % pour les cadres supérieurs ou pour ceux dont la rémunération variable totale est de 500 000 £ ou plus. Le report doit se faire sur une période de trois à sept ans (pour les cadres supérieurs) et doit pouvoir faire l'objet d'une récupération dans les cas de manquements, de défaillances dans la gestion des risques ou de baisse de la performance financière³⁷⁴.

Aux États-Unis, l'article 304 de la *Sarbanes-Oxley Act* (2002) prévoit la récupération de certaines sommes par un émetteur de son chef de la direction et de son chef des finances dans certaines circonstances bien spécifiques, c'est-à-dire dans les cas où l'émetteur doit procéder à un redressement de ses états financiers en raison d'une non-conformité importante qui résulte d'un manquement à une exigence en matière d'information financière prévue par la législation applicable en valeurs mobilières. Dans un tel cas, le chef de la direction et le chef des finances doivent rembourser à l'émetteur toute prime ou rémunération variable fondée sur des mesures incitatives ou à base de titres de participation reçue de l'émetteur au cours de la période de 12 mois suivant la première publication des états financiers ou leur dépôt auprès de la US SEC. Le chef de la direction et le chef des finances doivent aussi rembourser les bénéfices réalisés par la vente de titres de l'émetteur au cours de cette même période de 12 mois. C'est la US SEC qui est chargée de l'application de cette disposition, application que certains prétendent être insuffisante et incohérente³⁷⁵.

L'article 954 de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010 impose pour sa part à la US SEC l'obligation d'adopter des règles ordonnant aux bourses d'adopter des normes d'inscription à la cote obligeant chaque émetteur à élaborer et mettre en œuvre une politique de récupération de la rémunération versée à ses dirigeants dans les cas où l'émetteur doit procéder à un redressement de ses états financiers. Dans un tel cas, la politique de

³⁷⁴ Bank of England, *supra*, note 127;

³⁷⁵ Robert Bloom, « Clawback Provisions », (2016) 48(3-4) *Compensation & Benefits Review* 90, pp. 92-93;

récupération doit permettre la récupération de la rémunération variable qui a en partie été accordée, gagnée ou acquise par suite de l'atteinte de résultats financiers. La US SEC a annoncé de telles règles en 2015 (10D-1) mais celles-ci n'ont toujours pas été adoptées cinq ans plus tard. La US SEC a récemment remis ces règles dans la liste de ses priorités à court terme avec une date prévue d'adoption en octobre 2020. Malgré le fait que ces règles n'ont toujours pas été adoptées, de nombreuses sociétés ont volontairement adopté des règles de récupération, souvent par suite des pressions de leurs actionnaires.

De telles exigences n'existent pas au Canada³⁷⁶. Pour le moment, seules quelques timides obligations existent en matière de divulgation³⁷⁷. Notons par ailleurs que le Bureau du surintendant des institutions financières mentionne dans sa ligne directrice « Gouvernance d'entreprise »³⁷⁸ que le conseil d'administration d'une institution financière fédérale devrait remettre en question les décisions de la haute direction de l'institution et lui donner des conseils et l'encadrer notamment en ce qui concerne toute politique de rémunération des ressources humaines conforme au document sur les « Principes de saine rémunération » du Conseil de stabilité financière. Ces derniers prévoient que :

One way to align time horizons is to place a portion, and in some cases up to the entirety, of any given year's bonus grant, both cash and equity, into the equivalent of an escrow account. All or part of the grant is reversed if the firm as a whole performs poorly or if the exposures the employee caused the firm to assume in the year for which the bonus was granted perform poorly (a "clawback").³⁷⁹

³⁷⁶ Notons toutefois que certains émetteurs canadiens peuvent dans certaines circonstances être assujettis aux exigences américaines;

³⁷⁷ On pense par exemple à l'Annexe 51-102A6 du *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue* qui impose aux émetteurs assujettis canadiens l'obligation de divulguer : « les politiques et les décisions concernant l'ajustement ou la récupération des attributions, gains, paiements ou sommes à payer si l'objectif de performance ou la condition similaire sur lequel elles reposent est reformulé ou rajusté pour réduire les attributions, gains, paiements ou sommes à payer »;

³⁷⁸ Bureau du surintendant des institutions financières, *supra*, note 139, p. 4;

³⁷⁹ Financial Stability Forum, *FSF Principles for Sound Compensation Practices*, 2009, p. 12. En ligne: https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_0904b.pdf?page_moved=1;

On constate donc, depuis une vingtaine d'années, un intérêt grandissant pour ce sujet qui fait couler beaucoup d'encre et qui est le résultat de nombreux exemples de gouvernance déficiente, de redressement d'états financiers et de faillites retentissantes, mais aussi de l'attention soutenue qu'accordent maintenant les investisseurs à ce sujet³⁸⁰.

Dans son guide intitulé « 2018 Best Practices for Proxy Circular Disclosure », la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance³⁸¹ souligne que :

Several issuers manage compensation risk through clawback policies but these policies are often triggered only if there is a financial restatement and an executive is found at fault. CCGG has urged companies to adopt broader clawback policies (...)³⁸²

Dans ses « 2019 Proxy Paper Guidelines » pour le Canada, l'agence de conseil en vote Glass, Lewis & Co. fait part de l'importance grandissante qu'elle accorde aux politiques de récupération :

We have clarified our policy regarding "Recoupment Provisions ("Clawbacks")" as we are increasingly focusing attention on the specific terms of these policies. While our view on the adequacy of these policies will not directly affect voting recommendations with respect to Say-On-Pay proposals, the suitability of the terms of a policy inform our overall view of a company's compensation program.³⁸³

L'agence de conseil en vote ISS considère pour sa part que l'absence de pratiques de rémunération qui découragent la prise de risque excessive, incluant une politique de récupération, est problématique³⁸⁴. Il est à noter que cette préoccupation a pour la première

³⁸⁰ I. Babenko, B. Bennett, J. Bizjak, & J. L. Coles, *supra*, note 366, p. 1;

³⁸¹ La Coalition canadienne pour une bonne gouvernance fait la promotion des bonnes pratiques de gouvernance dans les sociétés publiques canadiennes et de l'amélioration de l'environnement réglementaire afin, notamment, de mieux aligner les intérêts des conseils d'administration et de la direction avec ceux de leurs actionnaires;

³⁸² Coalition canadienne pour une bonne gouvernance, *2018 Best Practices for Proxy Circular Disclosure*, 2018, p. 41;

³⁸³ Glass, Lewis & Co, *2019 Proxy Paper Guidelines – An Overview of the Glass Lewis Approach to Proxy Advice*, 2019, p. 3. En ligne: https://www.glasslewis.com/wp-content/uploads/2018/10/2019_GUIDELINES_Canada.pdf;

³⁸⁴ Institutional Shareholder Services (ISS), *Executive Compensation Frequently Asked Questions (Canada)*, 2019;

fois été soulevée par ISS dans sa foire aux questions concernant la rémunération des cadres supérieurs en 2019 (pour les assemblées tenues à compter du 1^{er} février 2020) ce qui témoigne bien de l'importance grandissante accordée à ce sujet.

En plus de certaines associations et agences de conseil en vote, les investisseurs institutionnels s'intéressent de plus en plus à la question.

Par exemple, les « Principes sur le vote par procuration » de l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public (Investissements PSP) soulignent que, en ce qui concerne la rémunération des membres de la direction, « [I] es sociétés devraient adopter des politiques de récupération officielles dans le cas où un membre de la haute direction est responsable d'une fraude, d'une inconduite volontaire ou d'un acte de négligence ayant considérablement contribué au retraitement des résultats financiers qui avaient entraîné l'attribution de la rémunération incitative imméritée »³⁸⁵. La Caisse de dépôt et placement du Québec insiste pour sa part sur le fait que, en ce qui concerne les pratiques de rémunération des dirigeants, « [I] e conseil d'administration devrait adopter une politique ou toute mesure permettant de récupérer la rémunération incitative versée aux dirigeants dans certaines circonstances préalablement établies telles qu'un retraitement comptable, un acte frauduleux, de la négligence grossière ou de l'inconduite volontaire grave »³⁸⁶.

Ces pressions et influences ont mené un grand nombre de sociétés à volontairement adopter de telles pratiques de rémunération (incluant les politiques de récupération) puisqu'elles améliorent les décisions prises, découragent la prise de risque excessive et favorisent un meilleur alignement des intérêts des administrateurs et dirigeants avec les autres parties prenantes³⁸⁷. Une analyse détaillée de 5 358 dispositions de récupération adoptées par des entreprises

³⁸⁵ Investissements PSP, *Principes sur le vote par procuration*, 2020, p. 10. En ligne : <https://bit.ly/3rrVPP2>;

³⁸⁶ Caisse de dépôt et placement du Québec, *Politique régissant l'exercice du droit de vote dans les sociétés cotées en bourse*, 2020, p. 12. En ligne : <https://bit.ly/3rmxqul>;

³⁸⁷ I. Babenko, B. Bennett, J. Bizjak, & J. L. Coles, *supra*, note 366, p. 38;

américaines de 1996 à 2017 révèle que l'adoption de politiques de récupération est passée de 1 % en 1996 à 61 % en 2017. Cette analyse révèle également que l'étendue et la portée de ces politiques sont considérablement plus larges que les exigences spécifiques imposées dans certains cas par SOX ou de toute règle qui pourrait éventuellement résulter de Dodd-Frank³⁸⁸.

Par exemple, la circulaire d'information de la direction d'Inter Pipeline Ltd (TMX : IPL)³⁸⁹ indique comment on s'attend à ce que les pratiques de rémunération, dont une politique de récupération, contribuent à de meilleurs comportements et pratiques :

Le cadre de rémunération d'Inter Pipeline intègre un certain nombre d'éléments qui ont pour but de faire en sorte que les dirigeants ne soient pas incités à prendre des risques inappropriés ou excessifs, dont les suivants :

(...)

9. *Politique de récupération de la rémunération incitative* Cette politique permet à Inter Pipeline de récupérer la rémunération incitative versée à un haut dirigeant qui a commis une fraude ou une faute intentionnelle.

La circulaire de sollicitation de procurations de Emera Incorporated (TSX : EMA)³⁹⁰ prévoit quant à elle que, en ce qui concerne spécifiquement les politiques de récupération :

La politique de récupération contribue aux efforts d'atténuation du risque de la société. La politique de récupération permet à la société de récupérer les primes incitatives à court et à long terme versées aux hauts dirigeants dans les cas où : a) les primes versées ont été calculées en fonction de résultats financiers déclarés qui ont ultérieurement été corrigés ou retraités entièrement ou partiellement à cause d'une négligence grave, d'une inconduite ou d'une fraude de la part du dirigeant et où ces primes auraient été inférieures si les résultats financiers avaient été déclarés correctement; ou b) le dirigeant commet un manquement grave code de conduite de la société.

³⁸⁸ Ilona Babenko, Benjamin Bennett, John M. Bizjak, Jeffrey L. Coles & Jason Sandvik, « Clawback Provisions and Firm Risk », (2019) *Fisher College of Business Working Paper No. 2019-03-013*, Charles A. Dice Center Working Paper No. 2019-13, p. 31;

³⁸⁹ Inter Pipeline Ltd, *Circulaire d'information de la direction*, 2020, p. 53. En ligne : <https://bit.ly/2PHaKa7>;

³⁹⁰ Emera Incorporated, *Circulaire de sollicitation de procurations*, 2020, p. 52. En ligne : <https://bit.ly/3rzFZBO>;

L'adoption de telles politiques de récupération, qu'elles soient obligatoires ou volontaires, n'est toutefois que la première étape. Elles doivent par la suite pouvoir être effectivement mises en application afin de permettre la redistribution de la responsabilité, d'être dissuasives et de mener à une amélioration des comportements et pratiques : « [I]f clawbacks are to strengthen the link between pay and performance of corporate executives, they must be designed in a way that they have the right sort of teeth not only on paper, but also in action »³⁹¹.

Des exemples récents témoignent de la difficulté qu'ont les entreprises à effectivement mettre en application les mécanismes de récupération. On pense par exemple à la vigueur avec laquelle les procédures intentées par McDonald's Corp. à l'encontre de son ancien président-directeur général³⁹² ou les procédures intentées par The Hertz Corporation et Hertz Global Holdings à l'encontre de leurs anciens chef de la direction, directeur des finances et chef du contentieux³⁹³ ont été contestées³⁹⁴.

Un autre exemple récent mérite toutefois d'être souligné. Goldman Sachs Group Inc. et sa filiale malaisienne ont récemment admis avoir conspiré pour violer les dispositions du *Foreign Corrupt Practices Act* dans le cadre d'un stratagème visant à verser plus d'un milliard de dollars de pots-de-vin à des officiels de Malaisie et d'Abou Dhabi afin d'obtenir des affaires lucratives pour Goldman Sachs. Goldman Sachs a accepté de payer une sanction monétaire de 2,9 milliards de dollars américains et d'intervenir à un accord de poursuite différée³⁹⁵. Jusque-là, rien de nouveau diront certains. Goldman Sachs a toutefois récupéré 76 millions de dollars américains de la rémunération des personnes physiques responsables des manquements commis (tel que

³⁹¹ J. Stark, *supra*, note 367, p. 21;

³⁹² *McDonald's Corp. c. Easterbrook*, Delaware Chancery Court, 2020-0658;

³⁹³ *The Hertz Corporation c. Frissora*, United States District Court, District of New Jersey, njd-2:2019-cv-08927;

³⁹⁴ En ce qui concerne les défis associés à la mise en application des mécanismes de récupération, voir : TheCorporateCounsel.net, « Clawbacks - What to Do Now » dans *2020 Proxy Disclosure and 17th Annual Executive Compensation Conferences*, 21 septembre 2020. En ligne: <https://bit.ly/2Ob1vOV>;

³⁹⁵ Department of Justice, Goldman Sachs Charged in Foreign Bribery Case and Agrees to Pay Over \$2.9 Billion, 22 octobre 2020. En ligne: <https://bit.ly/3sMDCMq>;

permis par leurs contrats de travail). Reconnaisant « the Firm's institutional failures », elle a aussi récupéré 67 millions de dollars américains de la rémunération versée à certains dirigeants non directement impliqués dans les manquements commis et réduit de 31 millions de dollars américains la rémunération 2020 de l'équipe de direction actuelle, à savoir son chef de la direction, son chef de l'exploitation et son chef des finances ainsi que la rémunération du chef de la direction de Goldman Sachs International. Ces mesures totalisent environ 174 millions de dollars américains³⁹⁶.

L'adoption d'une politique de récupération (tout comme son étendue et sa portée) a sans aucun doute un impact important en ce qu'elle mène les dirigeants à réduire les risques pris par la personne morale et à adopter des approches plus conservatrices en la matière. Elle est sans aucun doute susceptible de mener à une amélioration des comportements et pratiques :

To refrain from invoking clawback provisions in employee contracts, it is highly advisable for companies to institute and monitor strong internal controls governing operations and management, paying careful attention to all areas of enterprise risk management in the process. Having a strong, independent audit committee of the board of directors is another related preventive measure. Maintaining a confidential whistleblowing channel is still another deterrent misleading financial statements and financial fraud.³⁹⁷

On remarque, par exemple, une corrélation entre l'adoption volontaire d'une politique de récupération et une amélioration de la qualité de l'information financière (mesurée notamment par une diminution du nombre de redressements des états financiers)³⁹⁸. Les marchés, pour leur part, réagissent généralement positivement à l'adoption d'une telle politique et la réaction sera d'autant plus positive que la politique sera robuste et qu'elle aura un impact significatif sur la

³⁹⁶ Goldman Sachs, Goldman Sachs' Statements Relating to 1MDB Government and Regulatory Settlements, 22 octobre 2020. En ligne: <https://bit.ly/36WSaj8>;

³⁹⁷ R. Bloom, *supra*, note 375, p. 93;

³⁹⁸ Gregory L. Prescott & Carol E. Vann, « Implications of Clawback Adoption in Executive Compensation Contracts: A Survey of Recent Research », (2018) 29 *J. Corp. Acct. Fin* 59, p. 67;

prise de risques³⁹⁹. Une analyse détaillée conclut même à une relation positive et significative entre l'adoption d'une politique de récupération, d'une part, et le rendement à long terme des actions de la société⁴⁰⁰.

Nous en convenons, cette perspective n'est peut-être pas traditionnelle mais l'utilisation de nouvelles approches peut devoir être explorée dans un contexte où elles favorisent peut-être plus efficacement que les approches et outils traditionnels l'atteinte d'objectifs tels qu'un meilleur alignement avec les intérêts des parties prenantes et une importance accrue de la performance à long terme. Une telle perspective est d'autant plus pertinente que les approches et outils traditionnels présentent un certain nombre de faiblesses⁴⁰¹.

³⁹⁹ I. Babenko, B. Bennett, J. Bizjak, & J. L. Coles, *supra*, note 366, p. 1;

⁴⁰⁰ I. Babenko, B. Bennett, J. Bizjak, J. L. Coles & J. Sandvik, *supra*, note 388, p. 32;

⁴⁰¹ J. Stark, *supra*, note 367, p. 17;

Conclusion

Edward Thurlow, 1^{er} baron Thurlow (1731-1806), posait il y a plus de 250 ans une question rhétorique qui est toujours actuelle : « Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked? ». Bien entendu, les personnes morales n'agissent que par l'entremise de personnes physiques et, lorsque tel est le cas, ne posent des gestes répréhensibles que par l'entremise de personnes physiques. Il est essentiel que ces gestes soient imputés à ces dernières et qu'elles en soient tenues responsables.

Il en est ainsi à des fins de dissuasion et de responsabilité, mais aussi afin de maintenir la confiance du public dans notre système judiciaire et, dans le cas qui nous intéresse, dans l'industrie des services financiers. Il s'agit toutefois d'une tâche difficile et les organismes d'application de la loi sont confrontés à des obstacles juridiques, organisationnels et opérationnels. La crise financière de 2008 a laissé l'impression, en particulier aux États-Unis, que ces obstacles ont incité les organismes d'application de la loi à plutôt se tourner vers les personnes morales et que les personnes physiques responsables de ce fiasco n'ont pas été tenues responsables. On a donc placé en opposition les procédures à l'encontre des personnes physiques et les procédures à l'encontre des personnes morales. Pourtant, il ne s'agit pas de substituts mais bien d'approches complémentaires. Il en est ainsi puisque c'est à travers l'angle de la modification des comportements et pratiques (plutôt que de la seule sanction rétrospective) que le prisme de l'application de la loi à l'encontre des personnes morales devrait être considéré.

En plus de dissuader, de telles mesures d'application de la loi favorisent une modification des comportements et pratiques qui permet elle aussi de prévenir que des manquements soient commis. Bien entendu, ces modifications aux comportements et pratiques peuvent résulter de démarches proactives et volontaires de la part des personnes morales qui désirent éviter que des manquements soient commis. Les organismes d'application de la loi, directement ou par l'entremise des tribunaux, disposent par ailleurs d'outils permettant l'imposition d'exigences

elles aussi susceptibles de mener à une modification des comportements et pratiques. Bien qu'une telle intervention des pouvoirs gouvernementaux fasse l'objet de critiques qu'il ne faut pas balayer du revers de la main, il nous apparaît bien difficile de ne pas nous intéresser à une approche qui permet d'améliorer les comportements et pratiques et, par le fait même, de réduire les risques que des manquements soient commis.

En plus de dissuader et de favoriser une modification des comportements et pratiques, les mesures d'application de la loi à l'encontre des personnes morales sont susceptibles de mener, via les mécanismes disciplinaires internes ou pratiques de rémunération, à une redistribution de la responsabilité aux personnes physiques responsables des manquements commis. On pourrait prétendre qu'il serait préférable que les organismes d'application de la loi puissent sanctionner systématiquement les personnes physiques responsables des manquements commis par les personnes morales, mais cet idéal nous apparaît bien illusoire. Comme le disait un auteur, « [w]hen the ideal has proven elusive despite decades of effort, second-best may be the best we can do »⁴⁰².

⁴⁰² M. Diamantis, *supra*, note 2, p. 568;

Références bibliographiques

Monographies

John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009;

John C. Coffee Jr., *Corporate Crime and Punishment: The Crisis of Underenforcement*, Oakland, Berrett-Koehler Publishers, 2020;

Brent Fisse & John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability (Theories of Institutional Design)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994;

Claire A. Hill & Richard W. Painter, *Better bankers, better banks: Promoting good business through contractual commitment*, Chicago, University of Chicago Press, 2015;

Donald C. Langevoort, *Selling Hope, Selling Risk: Corporations, Wall Street, and the Dilemmas of Investor Protection*, New York, Oxford University Press, 2016;

Ouvrages collectifs

Brent Fisse, « Reconditioning Corporate Leniency: The Possibility of Making Compliance Programmes a Condition of Immunity » dans Caron Beaton-Wells and Christopher Tran, *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age Leniency Religion*, Oxford, Hart Publishing, 2015;

Brandon L. Garrett, « Individual and Corporate Criminals » dans Jennifer Arlen, *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018;

Daniel S. Nagin, « Deterrence in the Twenty-First Century » dans M. Tonry, *Crime and Justice in America: 1975-2025*, Chicago, University of Chicago Press, 2013;

Jed Rakoff, « The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted? » dans R. Huang & N. Howson, *Enforcement of Corporate and Securities Law: China and the World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017;

Périodiques

Oludara Akanmidu, « The deterrence theory: a case for enhanced enforcement of directors' duties », (2017) 1(1) *Corporate Governance and Organizational Behavior Review* 25;

James Alm, Betty R. Jackson, & Michael McKee, « Getting the word out: Enforcement information dissemination and compliance behavior », (2009) 93(3) *Journal of Public Economics* 392;

Ilona Babenko, Benjamin Bennett, John Bizjak, & Jeffrey L. Coles, « Clawback Provisions », 14 juillet 2017;

Ilona Babenko, Benjamin Bennett, John M. Bizjak, Jeffrey L. Coles & Jason Sandvik, « Clawback Provisions and Firm Risk », (2019) *Fisher College of Business Working Paper No. 2019-03-013*, *Charles A. Dice Center Working Paper No. 2019-13*;

John S. Baker, Jr., « Reforming Corporations Through Threats of Federal Prosecution », (2004) 89 *Cornell L. Rev.* 310;

Sara Sun Beale, « The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability and the Yates Memo », (2016) 46 *Stetson Law Review* 41;

Caron Beaton-Wells & Brent Fisse, « U.S. Policy and Practice in Pursuing Individual Accountability for Cartel Conduct: A Preliminary Critique », (2011) 56 *The Antitrust Bulletin* 277;

Gary S. Becker, « Crime and Punishment: An Economic Approach », (1968) 76(2) *Journal of Political Economy* 169;

Joseph R. Biden, *The Challenge of Institutional Responsibility*, (1986) 23 *Am. Crim. L. Rev.* 243;

Robert Bloom, « Clawback Provisions », (2016) 48(3-4) *Compensation & Benefits Review* 90;

Katrice Bridges Copeland, « The Yates Memo: Looking for 'Individual Accountability' in All the Wrong Places », (2017) 102 *Iowa Law Review* 1897;

Berna Collier, « The role of ASIC in corporate governance », Paper presented at the Corporate Governance Summit, Canberra, 2002;

Mihailis Diamantis, « Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment », (2018) 103 *Iowa L. Rev.* 507;

Mihailis Diamantis, « Ditching Deterrence: Preventing Crime by Reforming Corporations Rather than Fining Them », (2019) 14 *University of Iowa Legal Studies Research Paper* 1;

Vanessa Finch, « Personal Accountability and Corporate Control: The Role of Directors' and Officers' Liability Insurance », (1994) 57 *The Modern Law Review* 880;

Brent Fisse, « Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions », (1983) 56 *S. Cal. L. Rev.* 1141;

Brent Fisse & John Braithwaite, « The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability », (1988) 11 *Sydney L. Rev.* 468;

Brent Fisse, « Corporations, Crime and Accountability - Paper given for the Eighth International Conference for the Society for the Reform of Criminal Law », Hong Kong, 1994;

Brent Fisse, « Corporations, Crime and Accountability », (1995) 6:3 *Current Issues in Criminal Justice* 378;

Cristie Ford, « Toward a New Model for Securities Law Enforcement », (2005) 57:3 *Admin L Rev* 757;

Cristie Ford & David Hess, « Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance? », (2009) 34 *J Corp L* 679;

Cristie Ford & David Hess, « Corporate Monitorships and New Governance Regulation: In Theory, in Practice, and in Context », (2011) 33 *Law & Policy* 509;

Brandon L. Garrett, « Rehabilitating Corporations », (2014) 66 *Florida Law Review Forum* 1;

Brandon L. Garrett, « The Corporate Criminal as Scapegoat », (2015) 101 *Virginia Law Review* 1789;

Brandon L. Garrett, « Declining Corporate Prosecutions », (2020) 57 *American Criminal Law Review* 109;

Gregory Gilchrist, « Individual Accountability for Corporate Crime », (2018) 34 *Ga. St. U. L. Rev.* 335;

Wayne B. Gray & John T. Scholz, « Does regulatory enforcement work? A panel analysis of OSHA enforcement », (1993) *Law and Society Review* 177;

Sean J. Griffith, « Corporate Governance in an Era of Compliance », (2016) 57-6 *William & Mary Law Review* 2075;

Neil Gunningham, Dorothy Thornton & Robert A. Kagan, « Motivating Management: Corporate Compliance in Environmental Protection », (2005) 27(2) *Law & Policy* 289;

Peter J. Henning, « Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation », (2009) *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 09-21*;

Peter J. Henning, « Making Sure 'The Buck Stops Here': Barring Executives for Corporate Violations », (2012) *Wayne State University Law School Research Paper No. 2012-12*;

Peter J. Henning, « *Is Deterrence Relevant in Sentencing White-Collar Criminals?* », (2015) 61 *Wayne L. Rev.* 27;

Peter J. Henning, « Why It Is Getting Harder to Prosecute Executives for Corporate Misconduct », (2017) 41 *Vt. L. Rev.* 503;

David Hess & Cristie Ford, « Corporate Corruption and Reform Undertakings: A New Approach to an Old Problem », (2008) 41(2) *Cornell International Law Journal* 307;

Michael C. Jensen & William H. Meckling, « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure », (1976) 3 *Journal of Financial Economics* 305;

Aleksandra Jordanoska, « Regulatory enforcement against organizational insiders: Interactions in the pursuit of individual accountability », (2019) *Regulation & Governance*;

Donald C. Langevoort, « On Leaving Corporate Executives Naked, Homeless and without Wheels: Corporate Fraud, Equitable Remedies, and the Debate over Entity versus Individual Liability », (2007) 42 *Wake Forest L. Rev.* 627;

Donald C. Langevoort, « Chasing the Greased Pig down Wall Street: A Gatekeeper's Guide to the Psychology, Culture, and Ethics of Financial Risk Taking », (2011) 96 *Cornell L. Rev.* 1209;

Donald C. Langevoort, « *Cultures of Compliance* », (2017) 54 *Am. Crim. L. Rev.* 933;

Donald C. Langevoort, « *Caremark and Compliance: A Twenty-Year Lookback* », (2018) 90 *Temp. L. Rev.* 727;

Paul J. Larkin Jr. & John Michael Seibler, « All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability », (2016) 46 *Stetson L. Rev.* 7;

Dorothy S. Lund & Natasha Sarin, « Corporate Crime and Punishment: An Empirical Study », (2020) *U of Penn Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-13*;

Toni Makkai & John Braithwaite, « The dialectics of corporate deterrence », (1994) 31(4) *Journal of Research in Crime and Delinquency* 347;

Tony McAdams & C. Burk Tower, « Personal Accountability in the Corporate Sector », (1978) 16 *American Business Law Journal* 67;

Sharon Oded, « Coughing Up Executives or Rolling the Dice? : Individual Accountability for Corporate Corruption », (2016) 35(1) *Yale Law & Policy Review* 49;

Gregory L. Prescott & Carol E. Vann, « Implications of Clawback Adoption in Executive Compensation Contracts: A Survey of Recent Research », (2018) 29 *J. Corp. Acct. Fin* 59;

Barry W. Rashkover, « Reforming Corporations through Prosecution: Perspectives from an SEC Enforcement Lawyer », (2004) 89 *Cornell L. Rev.* 535;

Veronica Root, « Coordinating Compliance Incentives », (2017) 102 *Cornell Law Review* 1003;

John T. Scholz, « Enforcement Policy and Corporate Misconduct: The Changing Perspective of Deterrence Theory », (1997) 60(3) *Law and Contemporary Problems* 253;

Herbert A. Simon, « A Behavioral Model of Rational Choice », (1955) 69(1) *The Quarterly Journal of Economics* 99;

Tracey L. Spiegelhoff, « Limits on Individual Accountability for Corporate Crimes », (1984) 67 *Marq. L. Rev.* 604;

Johanna Stark, « Clawback Provisions in Executive Compensation Contracts », (2020) *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2020-06*;

Jamie Symington, « SMCR: Waking Up to Individual Accountability », (2019) *International Financial Law Review*;

Roman A. Tomasic, « The Challenge of Corporate Law Enforcement: Corporate Law Reform in Australia and Beyond », (2006) 10 *University of Western Sydney Law Review* 1;

David M. Uhlmann, « The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution », (2016) 49 *U.C.D. L. Rev.* 1235;

Michelle Welsh, « New Sanctions and Increased Enforcement Activity in Australian Corporate Law: Impact and Implications », (2012) 41 *Common Law World Review* 134;

Stephen V. Wilson & A. Howard Matz, « Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and Analysis of Investigative Methods », (1977) 14 *American Criminal Law Review* 651;

Joseph Zubcic & Robert Sims, « Examining the link between enforcement activity and corporate compliance by Australian companies and the implications for regulators », (2011) 53-4 *International Journal of Law and Management* 299;

« Structural Crime and Institutional Rehabilitation: A New Approach to Corporate Sentencing », (1979) 89(2) *The Yale Law Journal* 353;

Mémoires et Thèses

Allison Kristina Beck, *Clawback Provisions: How Sharp Are the Claws? An Analysis of the Deterrence Effectiveness of Voluntary Clawback Provisions*, Thèse de doctorat, Knoxville, University of Tennessee, 2012;

Karine Wurtz, *L'apport des théories morales de la responsabilité pour penser l'imputabilité des crimes de guerre*, Thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 2010;

Lignes directrices

Association canadienne des courtiers de fonds mutuels, « Lignes directrices sur les sanctions », 2018;

Australian Prudential Regulatory Authority, « Information Paper – Implementing the Banking Executive Accountability Regime », 2018;

Bureau de la concurrence du Canada, « Les programmes de conformité d'entreprise », 2015;

Bureau du surintendant des institutions financières, « Ligne directrice sur la gouvernance d'entreprise », 2018;

Financial Industry Regulatory Authority, « Sanctions Guidelines », 2020;

Hong Kong Securities and Futures Commission, « Circular to Licensed Corporations Regarding Measures for Augmenting the Accountability of Senior Management », 2016;

Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières, « Lignes directrices sur les sanctions de l'OCRCVM », 2015;

Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières, « Politiques du personnel de l'OCRCVM », 2015;

Rapports, documents et politiques

Autorités canadiennes en valeurs mobilières, *L'application de la législation en valeurs mobilières à l'heure du numérique — Rapport sur l'application de la loi – Exercice 2018-2019*, 2019;

Bank of England, *Strengthening the link between seniority and accountability: the Senior Managers and Certification Regime*, 2018;

Caisse de dépôt et placement du Québec, *Politique régissant l'exercice du droit de vote dans les sociétés cotées en bourse*, 2020;

Coalition canadienne pour une bonne gouvernance, *2018 Best Practices for Proxy Circular Disclosure*, 2018;

Peter de C. Cory & Marilyn L. Pilkington, « Critical Issues in Enforcement » dans *Canada Steps Up, Report of the Task Force to Modernize Securities Legislation in Canada*, Volume 6, 2006;

Financial Stability Forum, *FSF Principles for Sound Compensation Practices*, 2009;

Glass, Lewis & Co, *2019 Proxy Paper Guidelines – An Overview of the Glass Lewis Approach to Proxy Advice*, 2019;

House of Lords & House of Commons, *Changing banking for good – Report of the Parliamentary Commission on Banking Standards*, Volume II, 2013;

International Organization of Securities Commissions, *Credible Deterrence in the Enforcement of Securities Regulation*, 2015;

International Organization of Securities Commissions, *Principles on outsourcing — Consultation Report*, 2020;

Institutional Shareholder Services (ISS), *Executive Compensation Frequently Asked Questions (Canada)*, 2019;

Investissements PSP, *Principes sur le vote par procuration*, 2020;

Law Reform Commission of Canada, *Criminal Responsibility for Group Action*, Working Paper 16, 1976;

Monetary Authority of Singapore, *Consultation Paper on Proposed Guidelines on Individual Accountability and Conduct*, 2018;

University of Notre-Dame & Labaton Sucharow LLP, *The Street, The Bull and The Crisis: A Survey of the US & UK Financial Services Industry*, 2015;

U.S. Securities and Exchange Commission, *Annual Report, Division of Enforcement*, 2018;

U.S. Securities and Exchange Commission, *Annual Report, Division of Enforcement*, 2019;

U.S. Securities and Exchange Commission, *Annual Report, Division of Enforcement*, 2020;

Willis Towers Watson, *Principles and Elements of Effective Executive Compensation Design*, 2020;

Sally Q. Yates, *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 2015;

Allocutions et conférences

Seana Cunningham, *Enforcement and AML – our approach and priorities*, 2018;

Stephen M. Cutler, *Speech by SEC Staff, 24th Annual Ray Garrett Jr. Corporate & Securities Law Institute*, 2004;

Christine Lagarde, *The Role of Personal Accountability in Reforming Culture and Behavior in the Financial Services Industry*, International Monetary Fund, 2015;

Steven Peikin, *Keynote Address to the UJA Federation*, 2018;

Rod J. Rosenstein, *Remarks at the American Conference Institute's 35th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act*, 2018;

Mark Steward, *The expanding scope of individual accountability for corporate misconduct*, New York University Program on Corporate Compliance and Enforcement, 2017;

TheCorporateCounsel.net, « Clawbacks - What to Do Now » dans *2020 Proxy Disclosure and 17th Annual Executive Compensation Conferences*, 2020;

Table de la jurisprudence citée

Québec

Autorité des marchés financiers c. Assurances M. Lagrange inc., 2018 QCTMF 20;
Autorité des marchés financiers c. Beaudoin, Rigolt & Associés inc., 2015 QCBDR 70;
Autorité des marchés financiers c. Compagnie mutuelle d'assurances en Église, 2020 QCCS 4347;
Autorité des marchés financiers c. Compagnie mutuelle d'assurances en Église, 2020 QCCS 927
Autorité des marchés financiers c. Évolution Québec inc., 2019 QCTMF 9;
Autorité des marchés financiers c. Mieux planifier inc., 2020 QCTMF 26;
Autorité des marchés financiers c. R. Beauchamp & Laplante Courtiers d'assurances inc., 2015 QCBDR 129;
Autorité des marchés financiers c. Services de gestion CCFL, 2019 QCTMF 2;
Autorité des marchés financiers c. Veillet, 2014 QCCQ 868;
Autorité des marchés financiers c. 9379-4899 Québec inc., 2020 QCTMF 43;
Mailloux c. Deschênes, 2015 QCCA 1619;
Pigeon c. Daigneault, [2003] R.J.Q. 1090 (C.A.);
Valeurs Mobilières Banque Laurentienne (Re), 2020 OCRCVM 24;

Canada

Cartaway Resources Corp. (Re), [2004] 1 R.C.S. 672;
Guindon c. Canada, [2015] 3 R.C.S. 3;
La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers, [2013] R.C.S. 756;
R. c. B.W.P.; R. c. B.V.N., [2006] 1 R.C.S. 941;

Ontario

Home Capital Group Inc. (Re), 2017 ONSEC 32;
Katanga Mining Limited (Re), 2018 ONSEC 59;
NextBlock Global Limited and Alex Tapscott (Re);

États-Unis

Caremark Intern. Inc. Deriv. Lit. (In Re), 698 A.2d 959 (1996);
Clovis Oncology, Inc. Deriv. Lit. (In Re), C.A. No. 2017-0222-JRS (Del. Ch. Oct. 1, 2019);
Marchand c. Barnhill, 212 A.3d 805 (Del. 2019);
McDonald's Corp. v. Easterbrook, Del. Ch., 2020-0658;
Richardson c. Clark, C.A. No. 2019-1015-SG (Del. Ch. Dec. 31, 2020);
The Hertz Corporation c. Frissora, United States District Court, District of New Jersey, njd-2:2019-cv-08927;
U.S. c. Connolly, 2019 WL 2120523 (S.D.N.Y.);

Table de la législation citée

Québec

Loi sur les assurances, RLRQ, c. A-32;

Loi sur les assureurs, RLRQ, c. A-32.1;

Loi sur les coopératives de services financiers, RLRQ, c. C-67.3;

Loi sur la distribution des produits et services financiers, RLRQ, c. D-9.2;

Loi sur l'encadrement du secteur financier, RLRQ, c. E-6.1;

Loi sur les instruments dérivés, RLRQ, c. I-14.01;

Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ, c. Q-2;

Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne, RLRQ, c. S-29.02;

Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1;

Canada

Code criminel, LRC 1985, c. C-46;

International

Banking Act 1959 (Australie)