

"Source: Ministère de la Justice Canada,

Documents rédigés pour le ministère de la Justice en réponse au livre blanc,

"Proposition de modification du Code criminel (Principes généraux)", mars 1994

Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics

et Services gouvernementaux Canada, 2008."

COMMENTAIRES SUR LES PROPOSITIONS DU LIVRE BLANC CONCERNANT LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

par Anne-Marie Boisvert, professeure
Faculté de droit
Université de Montréal

1- INTRODUCTION

La question de savoir s'il est opportun de retenir la responsabilité pénale des personnes morales a déjà fait couler beaucoup d'encre et suscite encore de nombreux débats. Les adversaires de cette idée avancent principalement que la personne morale n'ayant pas d'esprit propre, elle ne peut faire preuve de la turpitude morale nécessaire à la culpabilité en matière criminelle. Il est parfaitement artificiel de la traiter comme si elle avait fait preuve de l'état d'esprit blâmable que, par définition, elle ne peut avoir. Dans ce contexte, la notion de blâme n'aurait aucun sens. On souligne par ailleurs que l'impossibilité d'emprisonner une compagnie rend illusoire toute tentative d'atteindre les objectifs de dissuasion, de rétribution et de réhabilitation poursuivis par la sanction pénale¹. Les tenants de la responsabilité pénale des personnes morales adoptent une tout autre perspective. Selon eux, les personnes morales ne sont pas de simples fictions. Ces institutions existent, occupent une position prédominante dans l'organisation de notre société et sont tout aussi capables que les êtres humains de causer le mal. Il n'est que juste et conforme au principe d'égalité devant la loi de les traiter de la même manière que les personnes physiques et de les tenir responsables des infractions qu'elles commettent. Les respect des valeurs fondamentales de notre société sanctionnées par le droit criminel devrait être exigé de la part de ces organisations qui affectent de manière concrète la vie en société. Ils soulignent de plus que la position voulant qu'il ne soit pas possible d'utiliser efficacement l'arme de la répression pénale à l'encontre des personnes morales procède à la fois d'une vision étroite de la notion de faute personnelle

¹ Pour un résumé des principales objections avancées à l'encontre de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales voir J. GROIA & L. ADAMS, " Searching for a Soul to Damn and a Body to Kick : The Liability of Corporate Officers and Directors", (1990) Meredith Mem. Lect. 127. Voir aussi J. C. COFFEE, "No Soul to Damn : No Body to Kick' : An Unscandalized Inquiry Into The Problem of Corporate Punishment", (1981) Michigan L. Rev. 386.

et d'un manque d'imagination chronique en ce qui concerne l'utilisation de la sanction pénale².

Ces débats peuvent sembler à première vue théoriques et dépassés dans la mesure où les juridictions de common law ont endossé la deuxième approche et reconnaissent que les personnes morales peuvent engager leur responsabilité pénale. Ils mettent cependant en exergue la difficulté conceptuelle liée à l'application d'une théorie de la responsabilité pénale essentiellement fondée sur une vision de la faute centrée sur les processus psychologiques des personnes humaines à ce qui n'est rien d'autre qu'une personne fictive. Il apparaît désormais nécessaire d'adapter la notion de faute à la structure et au mode de fonctionnement particulier des personnes morales. Ces débats illustrent en outre la difficulté de traiter également deux genres de "personnes" qui n'ont rien en commun. Dans ce contexte, la notion même d'égalité devant la loi mérite d'être abordée avec originalité. Enfin, même dans une perspective où s'effectue le choix de retenir la responsabilité pénale des personnes morales, se pose avec acuité la question de savoir comment procéder pour rencontrer le plus efficacement et le plus équitablement possible, les objectifs poursuivis par le droit pénal.

Pareil résultat ne peut valablement être atteint sans qu'une réflexion sérieuse ne soit engagée relativement à plusieurs questions fondamentales. Il faut en effet s'interroger sur la capacité de la sanction pénale à rencontrer efficacement, dans le contexte corporatif, les objectifs traditionnels de rétribution, de dissuasion et de réhabilitation qui y sont traditionnellement rattachés. Une réponse complète et véritablement articulée à ces interrogations nécessiterait une somme considérable de recherches et une connaissance approfondie de la culture corporative. Quelques auteurs, surtout américains et australiens, s'intéressent à ces questions depuis plusieurs années et ont formulé nombre de suggestions, notamment en ce qui concerne l'élargissement de l'arsenal des peines. On invoque en effet souvent à l'encontre de la responsabilité pénale des personnes morales que l'imposition d'amendes n'offre aucune garantie relativement à la dissuasion des comportements délinquants. On avance que les amendes imposées aux corporations sont souvent minimes en regard des effets dévastateurs produits par les actes délictueux de ces dernières, constituant en quelque sorte une taxe à inscrire au bilan. On s'inquiète toutefois de ce que l'imposition d'amendes trop lourdes risque d'engendrer des effets pervers, susceptibles d'être supportés pas des actionnaires, des

² Voir, en particulier, C. WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 19.

créanciers, des travailleurs ou des consommateurs innocents. Ces questions ne sont pas traitées dans le Livre blanc et nous n'entendons pas nous y attarder ici. Nous noterons seulement que l'insertion dans le Code criminel d'une disposition relative à la responsabilité pénale des personnes morales ne saurait à elle seule régler toutes les difficultés inhérentes à l'utilisation de la sanction pénale en matière corporative. Une réflexion sérieuse devrait être entamée sur l'à-propos de ne retenir que l'amende comme seule sanction possible³.

C'est donc plutôt aux principes de la responsabilité pénale que nous consacrerons cette étude. Essentiellement, il s'agit de voir s'il est possible de concevoir une notion de faute corporative authentique qui ne soit ni artificielle ni impraticable. À cet égard, les propositions contenues dans le Livre blanc, en reconnaissant que la commission de l'infraction peut résulter des comportements d'une collectivité d'individus, constituent un premier pas important vers l'élaboration d'une telle notion. Elles tendent à s'écarter du cadre conceptuel rigide fourni par les théories de la responsabilité du fait d'autrui et de l'identification mises de l'avant par la jurisprudence et tentent de mieux rendre compte du contexte organisationnel complexe et diffus des personnes morales. Il nous apparaît toutefois que la solution proposée ne pousse pas assez loin le raisonnement entamé et ne constitue qu'un compromis difficilement applicable entre l'adaptation des règles traditionnelles de la responsabilité des individus et l'adoption d'une notion originale de faute corporative. Nous nous proposons donc d'analyser ces propositions à la lumière des principales critiques avancées à l'égard des approches traditionnelles afin de formuler des recommandations susceptibles d'asseoir de manière originale et réaliste la responsabilité des personnes morales. Il nous apparaît en effet que l'effort entrepris dans le Livre blanc pourrait être poursuivi avec profit.

³ À ce sujet, la littérature est déjà abondante. Voir, en particulier, J. C. COFFEE, précité, note 1, B. FISSE, "Criminal Law : The Attribution of Liability to Corporations : A Statutory Model", (1991) 13 Sydney L.R. 277; B. FISSE, "Reconstructing Corporate Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions", (1982) 56 Southern Cal. L. Rev. 1141; D. BERGMAN, "Corporate Sanctions and Corporate Probation", (1992) 142 New Law Journal, 1312; C. KENNEDY, "Criminal Sentences for Corporations : Alternative Fining Mechanisms", (1985) 73 Calif. L. Rev. 443; J. D. WILSON, "Re-thinking Penalties for Corporate Environmental Offenders : A View of the Law Reform Commission of Canada' Sentencing in Environmental Cases", (1986) 31 McGill Law Journal, 313. Voir aussi D. HANNA, "Corporate Criminal Liability", (1988-89) 31 Crim. L. Q. 452, 474 à 479.

LES THÉORIES TRADITIONNELLES D'ATTRIBUTION DE LA RESPONSABILITÉ AUX PERSONNES MORALES

Les juridictions de common law ont toutes adopté le point de vue, que nous n'entendons pas remettre en question, selon lequel il importe de retenir la responsabilité pénale des corporations. Les assises théoriques et les modes de reconnaissance de cette responsabilité varient cependant d'un pays à l'autre. À cet égard, deux théories principales ont retenu l'attention.

- la responsabilité pour le fait d'autrui

En vertu de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui une personne peut être tenue de répondre des actes de ses employés, mandataires ou de toute personne dont elle est responsable. Cette doctrine, développée à l'origine dans le contexte de la responsabilité délictuelle, a été importée avec quelques hésitations en droit pénal, surtout réglementaire⁴.

Un des reproches souvent adressés à la responsabilité pour le fait d'autrui réside dans le fait qu'il soit contraire aux préceptes fondamentaux d'un système de justice fondé sur la répression de la faute morale individuelle, de tenir une compagnie responsable des actes ou omissions de ses agents ou employés⁵. Cette théorie impose de sérieuses entorses à la doctrine de la *mens rea*. La doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui est aussi critiquable pour être à la fois trop large et trop restrictive. Trop large parce que tous les employés de la corporation peuvent entraîner sa responsabilité, peu importe leur situation dans l'organisation et la hiérarchie corporatives. De plus, la responsabilité de la compagnie peut être retenue sans qu'il n'y ait eu faute ou négligence de sa part⁶. La doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui est toutefois trop restrictive dans la mesure où l'exigence de l'existence d'un lien de subordination entre l'employeur corporatif et la personne ayant commis l'infraction réduit sensiblement le champ d'intervention du droit pénal. On pense en

⁴ Dans l'affaire *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, le juge Estey fournit un bref historique de l'importation de cette doctrine en common law. Voir aussi L. H. LEIGH, "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups", (1977) 9 Ottawa L. Rev. 246.

⁵ Voir, par exemple, L. LEIGH, "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups : A Comparative View", (1981-82) 80 Michigan L. Rev. 1508, 1513-1514.

⁶ Voir, par exemple, NOTE, "Corporate Crime : Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions", (1978-79) 92 Harvard L.Rev. 1227, 1242.

particulier au cas des professionnels, représentants ou agents de la corporation dont la marge d'autonomie fait douter de l'existence d'un lien de subordination suffisant. En outre, l'employé doit avoir agi dans le cadre de son emploi pour entraîner la responsabilité de la compagnie. Or, il n'est pas toujours évident que les infractions à la loi soient commises dans le cadre de l'emploi entendu dans un sens strict.

Cette théorie, encore appliquée par les cours fédérales américaines⁷, semble avoir été rejetée par la jurisprudence canadienne, du moins en ce qui concerne les infractions exigeant la *mens rea*. Dans l'arrêt de principe *Canadian Dredge*⁸, la Cour suprême démontre une nette aversion pour cette théorie, lui préférant la théorie dite de l'identification. Avant de présenter cette deuxième doctrine deux remarques méritent toutefois d'être faites.

Tout d'abord, on oppose souvent la responsabilité pour le fait d'autrui et la responsabilité personnelle. Dans un contexte où la responsabilité d'un individu est en cause, cette distinction claire entre les deux types de responsabilité prend tout son sens. Dans le cas des personnes morales cependant, la responsabilité personnelle de cette entité collective implique nécessairement une quelconque application de la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui puisque cette dernière ne peut agir que par l'intermédiaire des personnes physiques qui la composent. Dans cette mesure, la responsabilité des personnes morales découle nécessairement d'une application plus ou moins grande de la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui⁹.

⁷ Voir, surtout, *Egan v. U.S.* (1943), 137 F. 2d 369 (8th Cir. C.A.), repris par *U.S. v. Basic Construction* (1983), 711 F. 2d 570 (5th Cir. C.A.). Il est à noter cependant que les cours des Etats, contrairement à leurs homologues fédérales, préfèrent nettement fonder la responsabilité des personnes morales sur une théorie de l'identification directement inspirée de la jurisprudence britannique. Voir, en particulier, *People v. Canadian Fur Trappers Corp.* (1928), 248 N.Y. 159 (N.Y.C.A.). Pour un résumé succinct de la situation qui prévaut aux États-Unis, voir C. WELLS, précité, note 2, aux pp. 116 à 120.

Pour un bref exposé des différends qui opposent les cours fédérales et les cours des Etats américains, voir le résumé qu'en fait le juge Estey, dans l'arrêt *Canadian Dredge*, aux pp. 686 à 688 de l'arrêt *Canadian Dredge*, précité, note 4.

⁸ Précité, note 4.

⁹ D. HANNA, précité, note 3, est du même avis, aux pp. 457 et 458. Dans l'arrêt *Canadian Dredge*, le juge Estey reconnaît d'ailleurs la relation qui existe entre la théorie de l'identification et celle de la responsabilité pour le fait d'autrui. À la p. 692, il affirme :

Par conséquent, comme nous l'avons déjà vu, la *common law* a su faire preuve de pragmatisme lorsque le défendeur est une compagnie. C'est ainsi qu'a pris naissance une

À ce sujet, les objections qui pourraient découler de la Charte à l'application de cette doctrine aux personnes physiques, doivent nécessairement être envisagées dans une perspective différente en ce qui concerne les personnes morales. Dans l'arrêt *Min. de l'Emploi et de l'Immigration c. Bhatnager*¹⁰, la Cour suprême laisse clairement entendre que l'application de la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui en droit criminel est contraire aux principes de justice fondamentale. Ce jugement explique toutefois que cette doctrine, inconnue dans notre droit dans le cas de la responsabilité individuelle, fonde, par nécessité, le raisonnement juridique sous-jacent à la responsabilité des personnes morales. En outre, la jurisprudence de la Cour suprême est maintenant établie à l'effet que les personnes morales accusées d'une infraction peuvent invoquer des arguments fondés sur la Charte pour mettre en doute la validité constitutionnelle des dispositions en vertu desquelles elles sont accusées¹¹. Il leur est permis d'invoquer, comme ce fut le cas dans l'affaire *Wholesale Travel Group*¹², que le non respect d'un principe de justice fondamentale affecte le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité des personnes physiques, dans la mesure où ces dernières sont susceptibles d'être poursuivies au même titre que la corporation en vertu de la disposition. Les propos du juge en chef Lamer laissent toutefois entendre que les principes de l'article 7 risquent de recevoir une interprétation différente dans un contexte où seules les personnes morales seraient visées.

Toutefois, cela ne signifie pas que si ces mêmes dispositions visaient uniquement les personnes morales, une personne morale aurait le droit de faire valoir les arguments fondés sur la Charte qui ont été avancés en l'espèce. Le problème que posent les Par. 36(1) et 37.3(2) de la Loi sur la concurrence, est qu'ils visent tant les personnes physiques que les personnes morales [...]¹³

version modifiée et de portée plus restreinte de la "responsabilité du fait d'autrui" (*vicarious liability*) par le biais de la doctrine de l'identification.

Voir aussi C. T. ASPLUND, "Corporate Criminality : A Riddle Wrapped in a Mystery Inside an Enigma", (1985) 45 C.R. (3d) 333, 336.

¹⁰ [1990] 2 R.C.S. 217.

¹¹ Voir *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 et *Dywidag Systems c. Zutphen Brothers Construction*, [1990] 1 R.C.S. 705.

¹² *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

¹³ *Id.*, à la p. 181. Il en irait de même dans le contexte de l'analyse menée en vertu de l'article 1., voir aux pp. 182 et 183 (M. le juge Lamer).

Dans ce contexte, il nous apparaît peu probable qu'une disposition fondant la responsabilité des personnes morales sur une quelconque application de la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui puisse être efficacement attaquée sur le plan constitutionnel.

- la théorie de l'identification

Depuis plus d'un siècle, la jurisprudence anglaise fonde la responsabilité des personnes morales sur la théorie dite de l'identification. En vertu de cette théorie, il y a identité entre la compagnie et les personnes qui en sont l'âme dirigeante, c'est à dire les personnes, cadres ou dirigeants, dont les fonctions au sein de l'entreprise sont telles qu'elles ne reçoivent pas, dans l'exécution de leurs fonctions, d'ordre ou de directives de la part d'un supérieur hiérarchique. Dans ce contexte, la responsabilité de la compagnie serait, comme pour les personnes physiques, directe, et ne découle pas d'une application de la théorie de la responsabilité pour le fait d'autrui.

Outre la difficulté de définir avec précision l'étendue de la notion d'âme dirigeante, le principal reproche adressé à la théorie de l'identification telle que réitérée dans l'arrêt anglais *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass*¹⁴, tient à son application limitée. Le nombre restreint de personnes identifiées à la compagnie réduit considérablement le champ d'application du droit pénal, particulièrement dans le contexte des grandes entités corporatives où les centres de décision sont fragmentés et où les personnes étroitement identifiées à la personne morale sont rarement celles qui posent les gestes incriminés¹⁵. Plus fondamentalement, le fait d'associer aussi étroitement la culpabilité de la compagnie à la culpabilité d'un simple individu, risque d'occulter le fait que la commission de certaines infractions peut résulter de pressions systémiques ou organisationnelles découlant directement du contexte corporatif. Insister trop lourdement sur la responsabilité personnelle comme fondement de la responsabilité corporative passe sous silence le fait que l'organisation de la compagnie et les exigences qu'elle entretient face à son personnel peut pousser ce dernier à enfreindre la loi. À cet égard,

¹⁴ [1972] A.C. 154.

¹⁵ Voir, par exemple, NOTE, "Corporate Crime : Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions", (1978-79) 92 Harvard L.Rev. 1227, 1255. Voir aussi C. WELLS, précité, note 2, à la p. 109 et B. FISSE et J BRAITHWAITE, " The Allocation of Responsibility for Corporate Crime : Individualism, Collectivism and Accountability", (1988) 11 Sydney L. Rev. 468, aux pp. 504-504.

la théorie de l'identification serait trop restrictive et incapable de saisir dans son essence la faute corporative¹⁶.

Vue toutefois sous un autre angle, la théorie de l'identification serait trop large. On peut reprocher en effet à cette théorie, surtout dans la mesure où la notion d'âme dirigeante serait quelque peu élargie, d'automatiquement imputer à la personne morale la turpitude morale d'un individu sans que l'organisation elle-même, en tant qu'entité, n'ait commis de faute à proprement parler. Dans la mesure où l'entité corporative aurait mis en oeuvre des mesures destinées à prévenir le comportement délictueux, il serait injuste de lui faire subir l'opprobre et les conséquences d'une condamnation pénale pour le fait d'un individu qui aurait pris l'initiative personnelle d'enfreindre la loi.

- l'approche préconisée par la jurisprudence canadienne

- les infractions exigeant la *mens rea*

Dans l'arrêt *Canadian Dredge*, la Cour suprême a adopté, pour fonder la responsabilité pénale des corporations, la théorie de l'identification, mais dans une version quelque peu modifiée, que certains ont appelée la théorie de la délégation. Reconnaisant le bien-fondé de la théorie britannique, mais conscient de son caractère restrictif, le juge Estey, qui écrit pour une Cour suprême unanime, élargit le cercle des personnes pouvant entraîner la responsabilité de la compagnie.

La doctrine de l'identification réunit le conseil d'administration, le directeur général, le directeur, le gérant et n'importe quelle personne ayant reçu une délégation du conseil d'administration à qui est déléguée l'autorité directrice de la compagnie, et la conduite de l'une quelconque des entités ainsi réunies est alors imputée à la dite compagnie.¹⁷

La Cour reconnaît en outre que la délégation et la sous-délégation du pouvoir central au sein d'entités géographiques différentes n'empêche pas l'application de la doctrine de l'identification.

La théorie de l'identification adoptée par la Cour suprême pour fonder la responsabilité des personnes morales constitue donc un moyen terme entre la doctrine très large de la

¹⁶ Voir, par exemple, J. C. COFFEE, précité, note 1; D. HANNA, précité, note 3, à la p. 471. Voir aussi C. WELLS, précité, note 2, aux pp. 107-110, 132.

¹⁷ *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, précité, note 4, à la p. 693.

responsabilité pour le fait d'autrui et la doctrine de l'identification telle que préconisée par les tribunaux anglais. Seuls les employés de la compagnie à qui des pouvoirs relatifs à sa direction ont été délégués peuvent entraîner sa responsabilité. La notion de délégation est cependant plus large que celle retenue par l'arrêt anglais *Tesco*. Pour une bonne part, les reproches adressés à la théorie de l'identification parce qu'elle est trop restrictive trouvent ici réponse. Cette réponse n'est toutefois pas parfaitement satisfaisante dans la mesure où l'élargissement de l'éventail des intervenants susceptibles d'engendrer la responsabilité de la compagnie accentue en quelque sorte la possibilité que la personne morale soit reconnue coupable sans "véritable" faute de sa part. Le nombre de personnes pour la turpitude morale desquelles la corporation aura à répondre augmente et le caractère fictif de la faute corporative n'en est que plus évident.

Manifestement, la théorie de l'identification telle que présentée par la Cour dans l'affaire *Canadian Dredge* exige que la conduite illégale et la *mens rea* de l'infraction soient le fait de la même personne. Le juge Estey fait d'ailleurs remarquer qu'en règle générale, l'âme dirigeante est elle aussi coupable de l'infraction en cause¹⁸. Il refuse toutefois de se prononcer définitivement sur la question de savoir si la culpabilité de l'âme dirigeante constitue une condition préalable de la culpabilité de la société¹⁹.

Le jugement de la Cour dans l'affaire *Canadian Dredge* traite enfin de la responsabilité de la compagnie quand les actes de l'âme dirigeante ont été commis en fraude de cette dernière. Le fait que les actes de l'âme dirigeante aient été commis en désobéissance d'instructions expresses de ne pas désobéir à la loi ne peut fournir de moyen de défense à la compagnie. Il serait trop facile, selon le juge Estey, d'échapper à toute responsabilité criminelle en adoptant et en communiquant des directives générales interdisant toute conduite illégale. Par ailleurs, la théorie de l'identification fait par définition obstacle à un tel moyen de défense puisque les directives adressées à d'autres personnes ne peuvent avoir d'effet sur la compagnie elle-même telle qu'incarnée par son âme dirigeante. Tout au plus reconnaît-il que de telles directives peuvent constituer un facteur à être considéré en matière de sentence. Le seul moyen de défense ouvert à la compagnie réside plutôt dans le fait que la personne qui constitue son âme dirigeante a agi totalement en fraude de la compagnie, sans que cette

¹⁸ *Id.*, à la p. 685.

¹⁹ *Id.*, à la p. 686.

dernière n'en tire aucun avantage. Dans ce dernier cas, il semble difficile de prétendre que la personne physique constitue toujours l'incarnation de la compagnie. Le juge Estey reconnaît en outre qu'il n'y a aucun intérêt social à punir la compagnie en pareilles circonstances²⁰. Le moyen de défense à l'effet que les actes de l'âme dirigeante de la compagnie ont été commis en fraude de cette dernière ne peut cependant être invoqué si ces derniers ont profité en tout ou en partie à la compagnie.

- les infractions réglementaires de responsabilité stricte et absolue

Ajoutons enfin que, bien que l'essentiel de la décision de la Cour dans cette affaire *Canadian Dredge* concerne principalement le problème particulièrement épineux de la responsabilité des corporations pour les infractions exigeant la *mens rea*, la Cour traite aussi de la responsabilité des compagnies dans le contexte des infractions réglementaires de responsabilité absolue et de responsabilité stricte. En ce qui concerne les infractions de responsabilité absolue, le juge Estey estime qu'il n'est pas nécessaire d'établir une règle particulière applicable à la responsabilité des personnes morales ni de se fonder sur une quelconque théorie pour justifier la responsabilité de la compagnie dans ce cas. Selon ce dernier, dès qu'on contrevient à la loi, il y a responsabilité automatique et directe de la compagnie.

Lorsqu'il est très clair que le législateur a voulu établir une infraction à l'égard de laquelle il y a responsabilité automatiquement dès qu'on contrevient à la loi, la culpabilité ne tient à l'existence d'aucun état d'esprit particulier. Face à une infraction de ce genre, les personnes morales et les personnes physiques sont sur un pied d'égalité. Il y a alors responsabilité automatique. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'établir une règle applicable à la responsabilité d'une personne morale ni aucun raisonnement la justifiant. La personne morale est simplement traitée comme une personne physique.²¹

Pour ce qui est des infractions de responsabilité stricte, la responsabilité ne dépendrait pas non plus de l'application de la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui. Une fois posé le geste incriminé, la défense de diligence raisonnable à être invoquée devrait être celle de la compagnie. Le juge Estey renvoie en effet au passage suivant de l'arrêt *Sault Ste Marie*

Puisqu'on cherche à déterminer si la défenderesse est coupable d'une infraction, le principe *respondeat superior* ne s'applique pas. La diligence raisonnable qu'il faut établir est celle de l'accusée elle-même. Lorsqu'un employeur est poursuivi pour un acte commis par un employé dans le cours de son travail, il faut déterminer si l'acte incriminé a été commis sans l'autorisation ni l'approbation de l'accusé, ce qui exclut toute participation intentionnelle de

²⁰ *Id.*, à la p. 707.

²¹ *Id.*, aux pp. 673-674.

ce dernier, et si l'accusé a fait preuve de diligence raisonnable, savoir s'il a pris toutes les précautions pour prévenir l'infraction et fait tout le nécessaire pour le bon fonctionnement des mesures préventives. Une compagnie pourra invoquer ce moyen de défense si la diligence raisonnable a été exercée par ceux qui en sont l'âme dirigeante et dont les actes sont en droit les actes de la compagnie elle-même.²²

En fait, il semblerait que relativement à la commission de l'*actus reus*, la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui fonde la responsabilité de la corporation. La défense de diligence raisonnable serait toutefois à rechercher, en vertu de la théorie de l'identification, chez les personnes constituant l'âme dirigeante de la compagnie. Bien que la discussion ne soit pas très élaborée dans le jugement de la Cour, il semblerait qu'en ce qui concerne à tout le moins les infractions réglementaires de responsabilité stricte, la responsabilité pénale de la corporation puisse découler du fait d'une collectivité d'individus.

- les propositions de réforme en Angleterre et aux États-Unis

- le Draft Criminal Code anglais

Le Draft Criminal Code proposé par la Commission de réforme du droit anglaise codifie dans une large mesure l'arrêt *Tesco*²³. La responsabilité de la personne morale est directement liée à la commission de l'infraction par une personne qui en constitue l'âme dirigeante. L'article 30(2) du Draft Code prévoit en effet que "A corporation may be guilty [...] only if one of its controlling officers, acting within the scope of its office and with the fault required, is concerned in the offence". En outre, la notion de "controlling officer" est restrictivement définie²⁴, seules les personnes haut placées dans la hiérarchie corporative pouvant entraîner la responsabilité pénale de la corporation. Les principales critiques relatives au caractère trop restrictif de la théorie de l'identification ne trouvent aucune réponse dans le projet de codification anglais. En ce sens, cette proposition anglaise, si elle devait être retenue en droit canadien, constituerait un recul difficilement défendable par rapport à la situation actuelle.

²² R. c. Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1331.

²³ LAW COMMISSION, *A Criminal Code for England and Wales*, Report 177, 1989, London, HMSO.

²⁴ À l'article 30(3)a) du Draft Code, le "controlling officer" est ainsi défini:

"Controlling officer" of a corporation means a person participating in the control of the corporation in the capacity of a director, manager, secretary or other similar officer (whether or not he was, or was validly, appointed to any such office).

- le Model Penal Code américain

Le Model Penal Code proposé en 1962 par l'American Law Institute²⁵ prévoit quant à lui trois façons de retenir la responsabilité des personnes morales. Pour les infractions réglementaires de responsabilité absolue, le principe de la responsabilité pour le fait d'autrui est retenu²⁶. En ce qui concerne les infractions pour lesquelles le législateur a clairement indiqué son intention de retenir la responsabilité des personnes morales, le Model Penal Code prévoit un régime de responsabilité lui aussi largement fondé sur la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui mais prévoit la possibilité de prouver une défense de diligence raisonnable par la balance des probabilités dans la mesure où un "high managerial agent", c'est à dire une personne étroitement associée à la direction de la compagnie, a fait diligence raisonnable pour éviter la perpétration de l'infraction. Enfin, en ce qui concerne les infractions de *mens rea*, le modèle retenu reprend dans son essence la théorie de l'identification telle que développée en droit anglais. L'article 207(1)c) prévoit en effet que "A corporation may be convicted of the commission of an offence if... the commission of the offence was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment".

Les modèles anglais et américain constituent des variations sur les thèmes classiques de la responsabilité pour le fait d'autrui et de la théorie de l'identification. L'aspect le plus novateur du Model Penal Code réside dans la reconnaissance implicite que l'*actus reus* et la *mens rea* des crimes peuvent être le fait de deux personnes différentes. Dans une large mesure toutefois, les problèmes que nous avons identifiés précédemment quant au caractère mal approprié de ces doctrines pour asseoir adéquatement la responsabilité pénale des personnes morales restent sans réponse. Les doctrines traditionnelles restent mal adaptées au contexte de la délinquance corporative en ce que leur caractère à la fois trop large et trop étroit ne permet pas de sanctionner certains comportements condamnables tout en permettant que

²⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code*, Philadelphia, 1962.

²⁶ Il est à noter qu'aux États-Unis, tout comme en Angleterre, la catégorie intermédiaire des infractions réglementaires de responsabilité stricte telle qu'élaborée dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* par la Cour suprême du Canada n'existe pas en tant que telle. Les "strict liability offences" correspondent donc à ce que nous qualifions en droit canadien d'infractions de responsabilité absolue.

soient prononcées des condamnations sans qu'une véritable faute de la part de la corporation ne soit établie.

Les projets anglais et américain représentent tout au plus un effort de codification des solutions proposées par la jurisprudence. Cette jurisprudence a, en élaborant les doctrines de la responsabilité pour le fait d'autrui et de l'identification, fait preuve d'un pragmatisme de bon ton et amorcé la discussion sur les fondements de la responsabilité des personnes morales. Dans l'arrêt *Canadian Dredge*, le juge Estey reconnaît toutefois que les doctrines de la responsabilité du fait d'autrui et de l'identification mises de l'avant par les tribunaux ne découlent ni d'une véritable appréciation de la personnalité corporative ni de principes fondamentaux de la responsabilité pénale.

Cette règle [la théorie de l'identification], qui constitue un moyen terme, n'est qu'une fiction juridique inventée pour des raisons d'ordre pratique. Voilà maintenant des siècles que tribunaux et législateurs se penchent sur la situation de la personne morale en droit criminel. Les questions qui se posent à ce sujet sont nombreuses et complexes. Il est fort douteux qu'on puisse y répondre de façon définitive et universellement applicable dans le cas du présent pourvoi ou, d'ailleurs, que les tribunaux seuls puissent le faire. Un examen historique de ces questions nous aide à les cerner, mais n'offre pas de solution nette au problème.²⁷

Il nous apparaît que le législateur ne peut se borner à codifier le début de solution apporté par les tribunaux à cette réalité sociale complexe que constitue la criminalité corporative. C'est dans cette optique que nous entreprenons maintenant d'analyser les propositions du Livre blanc.

LES PROPOSITIONS DU LIVRE BLANC

Les propositions de modification au Code criminel contenues dans le Livre blanc reprennent à première vue la formulation de la règle de l'identification (ou de la délégation) proposée par la Cour suprême du Canada. Une lecture attentive du texte laisse toutefois voir certaines modifications fondamentales. Ces propositions, en reconnaissant que l'infraction puisse être le fait d'une collectivité d'individus, tendent vers la reconnaissance de principes de responsabilité propres aux personnes morales. Il nous apparaît cependant que la solution proposée ne pousse pas la logique assez loin et ne constitue qu'un compromis entre

²⁷ *Canadian Dredge*, précité, note 4, à la p. 676.

l'adaptation des règles traditionnelles de la responsabilité pour les individus et l'adoption d'une notion originale de faute corporative. L'article 22, malgré la référence au fait que les actes matériels et l'élément fautif puissent être le fait de plusieurs individus, offre une définition de la faute corporative encore trop tributaire des processus cognitifs et psychologiques individuels. Pourtant, la possibilité que l'*actus reus* de l'infraction soit le fait d'une personne alors que la *mens rea* peut originer d'un autre individu rend à maints égards problématique l'application de cette façon d'envisager la faute. Avant toutefois de procéder à une analyse plus approfondie de ces questions, nous voulons faire quelques remarques préliminaires sur le champ d'application des propositions du Livre Blanc.

- le champ d'application des propositions du Livre blanc

À cet égard, trois observations méritent d'être faites. Tout d'abord, alors que la jurisprudence traditionnelle s'est surtout attardée à la définition de règles applicables à ces personnes morales particulières que sont les sociétés commerciales, on note que le Livre blanc indique spécifiquement que toutes les personnes morales sont visées par les dispositions. À notre avis, cette décision doit être saluée avec approbation. Rien, sur le plan de la politique législative ne devrait s'opposer à ce que les personnes morales qui ne sont pas des sociétés commerciales à but lucratif voient leur responsabilité pénale reconnue. Dans la mesure où certaines organisations existent, sont actives dans la société et sont reconnues par l'attribution d'un statut et de certains privilèges correspondants, elles devraient, en principe, pouvoir être sanctionnées pénalement. En ce qui concerne à tout le moins les associations syndicales, les propositions du Livre blanc ne font que codifier plus clairement une situation qui existe déjà²⁸.

Toutefois, on peut se demander pourquoi, au lieu de constituer des dispositions distinctes, les articles relatifs à la responsabilité des personnes morales sont rattachés à l'article 21. Le fait de dire que la personne morale *pour les fins de l'application de l'alinéa 21 (1)a* commet une infraction rend problématique l'application des autres modes de participation criminelle à la personne morale. Le paragraphe 22(3) tente de remédier à ces difficultés, mais la rédaction en est maladroite dans la mesure où les modes de participation criminelle tels l'aide et l'encouragement ne constituent pas des *infractions* distinctes mais des modes de commission différents d'une même infraction. En outre, rien ne devrait s'opposer en principe à ce que la

²⁸ Voir *United Nurses (Alb.) c. Alberta (P.G.)*, [1992] 1 R.C.S. 901.

personne morale engage sa responsabilité par le biais de la complicité telle qu'entendue au paragraphe 21(2). Nous ne voyons aucune raison de restreindre la responsabilité pénale des personnes morales à la commission réelle des infractions ou aux modes de participation criminelle que constituent l'aide, l'encouragement et l'incitation. Nous suggérons donc d'abandonner le renvoi à l'alinéa 21(1)a) de même que le texte du paragraphe 22(3) et de rédiger simplement l'article 22 de manière à définir les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale de la personne morale est engagée. Il serait aussi possible de rédiger l'article 22 de manière à définir quand la personne morale commet une infraction et de prévoir que les modes de participation criminelle prévus à l'article 21 s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

Enfin, le libellé de l'article 22, bien qu'il y soit question de la responsabilité des personnes morales pour la commission d'une infraction et non d'un crime, soulève des problèmes si l'on tente d'appliquer les principes qu'il énonce aux infractions réglementaires de responsabilité stricte ou absolue. À cet égard, l'omission de traiter des infractions de responsabilité absolue est évidente. Manifestement le paragraphe 22(2) ne peut s'y appliquer. Quant au paragraphe 22(1), dans la mesure où il traite de la nécessité d'établir *d'une part* la commission d'un *actus reus* et, *d'autre part*, la *mens rea*, il n'est certes pas adapté au contexte des infractions pour lesquelles la faute morale n'est pas pertinente. Il nous apparaîtrait plus simple de traiter de l'*actus reus* dans une disposition particulière applicable à toutes les infractions pour ensuite consacrer un autre article aux différentes normes de faute. La séparation entre les éléments matériels et la *mens rea* serait évidente à la lecture même des dispositions sans qu'il soit nécessaire de le mentionner expressément. Cet arrangement offrirait l'avantage d'établir à l'intérieur du Code les règles applicables aux infractions de responsabilité absolue.

Dans la mesure où le paragraphe 22(2) traite des infractions de négligence, il s'applique à première vue aux infractions réglementaires de responsabilité stricte puisque, pour reprendre la terminologie de l'article 12.7, les lois les constituant ou une autre règle de droit prévoit que la négligence s'y applique. La rédaction du paragraphe 22(2) en exigeant que soit *d'une part* établie la commission de l'*actus reus* et, *d'autre part*, le manquement à la norme de diligence raisonnable, risque toutefois d'être interprété, dans le cas des infractions réglementaires de responsabilité stricte, comme écartant la règle jurisprudentielle à l'effet que la preuve de la commission de l'*actus reus* entraîne une présomption de négligence. Ce paragraphe, ainsi interprété, risque en outre d'être difficilement conciliable avec des textes législatifs qui renverseraient expressément le fardeau de la preuve. Il nous apparaît que la suggestion que

nous avons déjà faite à l'effet d'adopter un mode de rédaction qui traiterai dans deux dispositions séparées des éléments matériels et de la norme de faute offrirait l'avantage de lever toute ambiguïté quant à la charge de la preuve. Une fois les éléments matériels et la norme de faute définis, il appartiendrait à des règles particulières, qu'elles soient de nature jurisprudentielle ou législative, de déterminer à qui appartient la charge d'en établir la preuve.

- l'incidence de la culpabilité individuelle sur la culpabilité corporative

La question de savoir si la responsabilité pénale de la personne morale doit nécessairement être tributaire de la culpabilité d'un individu était laissée en suspens dans l'affaire *Canadian Dredge*. L'article 22 du Livre blanc répond à cette question en précisant que la responsabilité de la personne morale peut être engagée même si les personnes ayant commis la conduite illégale ou ayant fait preuve de l'état d'esprit coupable approprié ne sont pas identifiées, poursuivies ou déclarées coupables. Cette dissociation entre la responsabilité individuelle et la responsabilité corporative est encore plus évidente si l'on considère que les personnes ayant commis l'*actus reus* de l'infraction et celles présentant l'état d'esprit coupable requis peuvent être différentes.

Dans l'arrêt *Canadian Dredge*, la théorie de l'identification avancée par la Cour suprême nécessitait que l'infraction, tant dans ses composantes matérielles que psychologiques, soit le fait d'un même individu, du moins en ce qui concerne les infractions exigeant la *mens rea*. Or, dans le contexte des grandes organisations fonctionnent de manière fragmentée, les instances de décision sont souvent isolées des instances d'exécution²⁹. Les propositions du Livre blanc établissent donc les premiers jalons d'une notion originale de faute corporative en reconnaissant que l'infraction peut être le fait d'une collectivité d'individus. Cela rend toutefois de plus en plus problématique l'application au domaine corporatif des principes traditionnels de la responsabilité individuelle.

- la concomitance entre l'*actus reus* et la *mens rea*

Lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité des personnes physiques, la *mens rea* s'entend comme la relation d'esprit qu'entretient un individu en regard des gestes qu'il pose, des circonstances particulières entourant sa conduite et des conséquences qui peuvent en découler. La faute est directement liée au contexte matériel dans lequel opère cette personne.

²⁹ Voir surtout J.C. COFFEE, précité, note 1, aux pp. 399-400.

Par ailleurs, les principes généraux de la responsabilité exigent un lien temporel étroit entre les éléments matériels et psychologiques de l'infraction. L'*actus reus* et la *mens rea* doivent en effet être concomitants. Le fait de reconnaître que l'*actus reus* et la *mens rea* d'une infraction peuvent originer de personnes différentes dans le contexte corporatif rendent nécessairement problématique l'exigence d'une relation étroite, tant psychologique que temporelle, entre ces deux éléments de l'infraction.

L'article 22(1) du Livre blanc définit la *mens rea* de l'infraction corporative comme étant le fait, pour une personne ayant l'autorisation expresse ou implicite pour diriger ou contrôler les activités de la personne morale dans le secteur concerné, de *savoir que le fait incriminé se produit, se produira ou s'est déjà produit et de se trouver dans l'état d'esprit voulu pour la perpétration de l'infraction*. Or, l'état d'esprit voulu, tel que traditionnellement envisagé, s'entend d'un processus cognitif directement lié au contexte dans lequel agit l'individu. Les articles 12.4 et 12.5 du Livre blanc, qui définissent les états d'esprit voulus, font directement référence aux faits en cause, aux circonstances entourant la conduite de l'acteur et aux conséquences qui peuvent en découler. S'ensuit-il que l'agent ayant la *mens rea* doive avoir une connaissance du fait exact commis par une autre personne et des circonstances exactes entourant sa conduite? Une application rigide de la logique inhérente aux principes de la responsabilité individuelle exige une réponse affirmative, rendant du même coup illusoire l'établissement de la responsabilité de la personne morale. En outre, le fait que l'infraction puisse être le fait de plus d'un individu invite tout naturellement à repenser la relation temporelle étroite qui doit traditionnellement exister entre les éléments matériels et psychologiques de l'infraction. En ce sens, les propositions de modification ont raison de prévoir une relation temporelle plus lâche entre les éléments de l'infraction. Cet abandon de la règle de la concomitance entre l'*actus reus* et la *mens rea* invite toutefois lui aussi à redéfinir l'état d'esprit blâmable autrement qu'en relation étroite avec les éléments matériels particuliers. Dans la mesure où la *mens rea* peut être antérieure à la commission de l'*actus reus* par une autre personne, il est évident que, plutôt que de consister en une relation cognitive directement liée à un ensemble de faits et de circonstances particuliers, cette *mens rea* doit tout au plus être liée à la commission d'une infraction entendue dans son sens générique. À cet égard, il nous apparaît que le texte des propositions n'est pas clair dans la mesure où il renvoie à la présence de la *mens rea* voulue pour la commission de l'infraction.

Nous voulons par ailleurs attirer l'attention, concernant la relation temporelle entre l'*actus reus* et la *mens rea*, sur le fait que la proposition de retenir la responsabilité de la personne morale en associant un état d'esprit à un événement antérieur est particulièrement

problématique. On peut par exemple se demander à quoi peut bien correspondre l'intention, telle que définie à l'article 12.4, en relation avec un événement qui s'est déjà produit. Il est difficile d'imaginer comment on peut vouloir la survenance d'un événement qui s'est déjà produit autrement que par son acceptation à *posteriori*. Il nous apparaît alors que fonder la culpabilité sur une faute postérieure à la commission de l'*actus reus* risque d'associer l'intention à l'acceptation passive d'un résultat ou au simple défaut de prendre des mesures rémédiatrices. La frontière entre la négligence, l'insouciance et l'intention, si elle n'est pas impossible à définir en pareil cas, est certainement difficile à établir dans les faits.

Cette possibilité d'étirer le lien temporel de manière à incorporer à l'infraction une *mens rea* subséquente à la commission de l'*actus reus*, n'est pas étrangère à la notion de "reactive corporate fault" à laquelle travaille depuis plusieurs années le professeur Brent Fisse³⁰. Selon cet auteur, mesurer la turpitude morale de la corporation en ne tenant compte que des attitudes antérieures ou contemporaines à la commission de l'*actus reus* occulte le fait que les réactions parfois peu appropriées des compagnies suite à la survenance d'un fait dommageable est aussi un comportement blâmable réprouvé par l'opinion publique³¹. Il suggère donc de tenir les compagnies responsables en cas de défaut d'entreprendre des mesures correctives une fois commis l'*actus reus* d'une infraction.

Offenses against the person or property, and other specific categories of criminal offenses, could also be converted into offenses of reactive non compliance. This could be done by imposing a general duty on corporations to undertake specified preventive or corrective actions in reaction to having committed the *actus reus* of an offense, and by making reactive corporate fault a sufficient *mens rea*. Under this approach, *mens rea* and *actus reus* need not be contemporaneous. Inasmuch as the relevant time frame for criminal fault can extend backward to include *proactive* fault (that is, fault displayed *prior* to the *actus reus*), it is difficult to see why the time frame should not also extend forward to include *reactive* fault.³²

Il nous apparaît toutefois que la commission d'une infraction pour défaut d'avoir réagi correctement suite à la survenance d'un événement quelconque, si elle peut être imaginée, ne règle pas la question de savoir si la commission d'un premier *actus reus* est en lui-même constitutif d'infraction. Cette question ne peut dépendre que la présence d'une faute

³⁰ Voir, en particulier B. FISSE, "Reconstructing Corporate Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions", précité, note 3.

³¹ *Id.*, à la p. 1197.

³² *Id.*, aux pp. 1203-1204 (les notes ont été omises).

antérieure ou concurrente à la commission de cet *actus reus*. Envisager les choses autrement revient à consentir à la personne morale une partie gratuite ou un "*actus reus* gratuit". Tout au plus, le "reactive corporate fault" peut-il servir de preuve d'intention ou d'insouciance lors de la survenance d'un deuxième *actus reus*. Par ailleurs, le modèle envisagé par Fisse nécessite la mise en place de structures destinées à identifier la réaction attendue de la part de l'organisation³³. Dans ce contexte, le "reactive corporate fault" nous semble tenir plus de l'outrage au tribunal ou du bris de probation et les solutions proposées par Fisse nous semblent plus prometteuses lorsqu'envisagées dans un contexte d'élargissement de l'éventail des peines en matière corporative ou de création d'une infraction particulière. À notre avis, la possibilité de condamner une personne morale dans un contexte où la *mens rea* serait subséquente à la commission de l'*actus reus* devrait être abandonnée lorsqu'il est question d'établir les principes généraux gouvernant la responsabilité.

- les moyens de défense

Dans l'arrêt *Canadian Dredge*, La Cour suprême affirmait que, dans la mesure où la corporation serait la seule victime des actes délictueux de ses agents, il n'y aurait aucune raison de retenir la responsabilité pénale de cette dernière. Nous nous demandons s'il n'y aurait pas lieu de codifier ce moyen de défense proprement corporatif.

D'une façon plus générale, une réflexion sérieuse devrait être engagée sur les moyens de défense pouvant être invoqués par la personne morale. Les moyens de défense directement liés à la norme de faute en cause semblent évidemment pouvoir être invoqués. Ainsi, une personne morale accusée de négligence pourra invoquer sa diligence raisonnable. Certains moyens de défense plus directement liés à la condition humaine doivent-ils cependant nécessairement profiter à la personne morale? Dans la mesure où l'article 22 impute à la personne morale l'état d'esprit coupable d'un de ses agents, il semblerait que cette dernière puisse invoquer les mêmes moyens de défense que cet individu. Ainsi, dans un cas où l'individu en cause pourrait invoquer une défense d'intoxication, il semblerait que la personne morale devrait bénéficier d'un acquittement. Or, l'alcoolisme au travail constitue un

³³ Aux pp. 1204-1205, l'auteur donne un aperçu des mesures qui devraient être mises en place pour donner corps à son projet :

Reactive duties would have to be specified, partly through rules of general application, and partly through compliance orders issued case-by-case.

problème réel et il n'est pas évident que la personne morale qui tolère ce fléau n'est pas fautive.

Par ailleurs, dans la mesure où toute personne physique oeuvrant au sein de la personne morale peut commettre l'acte matériel, se pose aussi la question de la possibilité pour la personne morale d'invoquer certains moyens de défense liés à l'*actus reus*. À notre avis, se pose tout particulièrement la question de savoir si certains moyens de défense tels l'automatisme ou la nécessité peuvent, dans la mesure où ils constituent en quelque sorte des concessions à la nature humaine, être invoqués par la personne morale. L'article 22 est clair à l'effet que la personne morale peut être tenue responsable bien qu'aucune personne physique n'ait été reconnue coupable. La question de savoir si la personne morale peut invoquer des moyens de défense ouverts aux personnes physiques peut toutefois porter à controverse. En fait, aucune discussion relative à l'étendue des moyens de défense pouvant être invoqués par les personnes morales ne peut valablement être menée sans que ne soit mieux définie la notion de faute corporative.

Toutes les remarques qui précèdent indiquent que, dans la mesure où le législateur entend retenir la responsabilité pénale des personnes morales et s'écarter d'une application rigide des théories traditionnelles de la responsabilité pour le fait d'autrui et de l'identification, il est essentiel de développer une notion de faute corporative mieux en harmonie avec le processus organisationnel et décisionnel des personnes morales et moins tributaire des états psychologiques d'individus particuliers. Depuis plusieurs années les travaux portant sur les organisations mènent à la conclusion que ces dernières ne peuvent être simplement envisagées comme la somme des individus qui les composent, mais possèdent, en quelque sorte une personnalité propre qui transcende les individus³⁴. La définition de la faute

³⁴ B. FISSE et J BRAITHWAITE, dans leur article " The Allocation of Responsibility for Corporate Crime : Individualism, Collectivism and Accountability", précité, note 14, expriment particulièrement bien cette idée. À la p. 479 ils écrivent :

In the case of organisations, individuals may be the most important parts, but there are other parts [...] Organisations are systems ("socio-technical" systems, as they have sometimes been described) not just aggregations of individuals. More crucially however, organisations consist of sets of expectations about how different kinds of problems should be resolved. These expectations are a residue of the individual expectations of many past and present members of the organisation. But they are also the product of the *interplay* among individuals' expectations which distinguish shared meanings from individuals' views. The interaction between individual and shared expectations, on the one hand, and the organisation's environment, on the other, constantly reproduces shared expectations. In other

corporative doit maintenant s'attarder à rendre compte de cette réalité. Nous savons que cette épineuse question est plus facile à poser qu'à résoudre et la consultation des propositions de réforme avancées en Angleterre et aux États-Unis n'apporte pas d'éléments de solution. Des propositions originales récemment avancées en Australie méritent toutefois d'être étudiées de plus près. Une discussion sur ces propositions de réforme nous permettra de suggérer plusieurs modifications au texte du Livre blanc.

VERS UNE DÉFINITION DE LA FAUTE CORPORATIVE

En juillet 1992, le Standing Committee of Attorneys-General d'Australie a déposé un document de discussion relatif à l'élaboration d'un Model Criminal Code. La partie 5 du chapitre 2, consacrée à la responsabilité criminelle des corporations constitue un effort original d'adaptation des principes généraux de la responsabilité pénale au contexte particulièrement complexe des personnes morales. Les concepteurs du projet ont tenté de développer une notion de faute corporative qui reflète le caractère diffus du processus décisionnel des grandes entreprises, en s'aidant largement des travaux récents d'auteurs tels que Fisse, qui tentent d'élaborer un modèle de faute fondé entre autres sur l'observation du fonctionnement des entités corporatives³⁵. Selon ces auteurs, la faute commise par la corporation est à rechercher dans la culture corporative³⁶. La notion "d'intention corporative" ne peut se réduire à l'intention individuelle des employés, gérants ou directeurs. Elle correspond plutôt aux politiques expresses ou implicites gouvernant les activités de la

words, an organisation has a culture which is transmitted from one generation of organisational role incumbents to the next.[...]

The products of organisations are more than the sum of the products of individual actions [...] The collective action is thus qualitatively different from the human actions which, in part, constitute it. (les notes ont été omises)

³⁵ Voir surtout B. FISSE, "Corporate Criminal Responsibility", (1991) 15 *Crim. L.J.* 166; B. FISSE, "Criminal Law : The Attribution of Criminal Responsibility to Corporations : A Statutory Model", précité, note 3; B. FISSE, "Reconstructing Corporate Criminal Law : Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions", précité, note 3. Voir aussi B. FISSE et J. BRAITHWAITE, précité, note 14, à la p. 479 et R. N. PURVIS, *Corporate Crime*, Butterworth, Sydney, 1979.

³⁶ Le précurseur de cette notion semble être P. FRENCH dont les travaux sont considérés comme étant le fruit des théories des organisations (organisational theories) les plus généralement admises. Voir P. FRENCH, "The Corporation as a Moral Person", (1979) 16 *American Philosophical Quarterly*, 207 et P. FRENCH, *Collective and Corporate Responsibility*, 1984, New York, Columbia University Press. Voir enfin B. FISSE and J BRAITHWAITE, précité, note 14, aux pp. 483 et ss.

personne morale. Le projet de Code criminel présenté par le Comité australien tente d'intégrer ces notions. Le résultat mérite d'être cité au long et est reproduit en annexe.

Ce projet australien appelle plusieurs commentaires. Tout d'abord, la structure des dispositions est intéressante en ce qu'elle traite séparément de l'*actus reus* et de la *mens rea*. Les divers éléments de l'infraction peuvent être le fait de plus d'un individu. À cet égard, la solution adoptée rejoint celle du Livre Blanc. Il nous apparaît toutefois particulièrement intéressant de traiter de l'*actus reus* dans une disposition particulière applicable à toutes les infractions pour ensuite consacrer un autre article aux différentes normes de faute. La séparation entre les éléments matériels et la *mens rea* devient évidente à la lecture même des dispositions sans qu'il soit nécessaire de le mentionner expressément. Comme nous l'avons déjà mentionné, cet arrangement offrirait aussi l'avantage, en droit canadien, d'inclure dans le Code criminel une disposition applicable aux infractions de responsabilité absolue .

Le projet australien effectue un pas important vers la définition d'une notion de faute corporative. À cet égard, la notion de culture corporative ayant encouragé la commission de l'infraction est particulièrement intéressante. Cette notion, surtout dans le cas des très grandes entités, tient compte de ce que le milieu, les pressions organisationnelles et la mentalité ambiante peuvent avoir poussé à la commission de l'infraction. La notion de culture corporative permet de retenir la responsabilité de la personne morale même si aucune *mens rea* caractérisée ne peut être identifiée chez un individu particulier et traduit particulièrement bien l'aspect collectif de la faute corporative. Le concept de culture corporative apporte une réponse originale à la critique souvent avancée à l'effet que la théorie de l'identification est trop restrictive pour véritablement rendre compte de la faute corporative. Par ailleurs, la possibilité offerte à la personne morale d'invoquer en défense avoir pris des mesures raisonnables afin de prévenir la commission de l'infraction permet quant à elle d'éviter que la cette dernière se voie automatiquement imputer la faute d'un individu et soit reconnue coupable en l'absence de faute véritable de sa part. Ce tempérament apporté à la théorie de l'identification offre donc une réponse à ceux qui reprochent à la théorie de l'identification de tendre un filet trop large. La jurisprudence canadienne a bien tenté d'établir un équilibre entre une responsabilité trop vaste et une responsabilité trop étroite de la personne morale en se livrant au fastidieux exercice de déterminer quelles personnes sont, en application de la théorie de l'identification, susceptibles d'entraîner sa responsabilité. Le projet australien, recherche l'équilibre autrement. Prenant toujours appui sur la théorie de l'identification - puisque la commission d'une infraction par un dirigeant entraîne à première vue la responsabilité de la personne morale-, il élargit la notion de faute par le biais de la

notion de culture corporative tout en offrant un tempérament par le biais de la défense de diligence raisonnable. La faute corporative est donc largement envisagée comme une notion collective.

Compte tenu de ce qui précède, le principal reproche que l'on peut adresser au projet de réforme australien tient à la tentative de ses concepteurs de conserver intact le spectre traditionnel des fautes qui distingue entre la connaissance, l'intention, l'insouciance et la négligence. Or, les états d'esprit actifs que constituent la connaissance et l'intention font, tels que définis dans notre droit, directement référence à des processus cognitifs et psychologiques individuels et sont difficilement transposables dans le contexte corporatif sans un large recours à la fiction. Les définitions de la connaissance, de l'intention et de l'insouciance corporative avancées dans le projet australien illustrent ces difficultés. Tout d'abord, il faut remarquer que la terminologie employée s'écarte sensiblement de celle utilisée dans le contexte de la responsabilité des personnes physiques. Par exemple, les notions d'autorisation et de permission diffèrent sensiblement de celles de connaissance ou de désir applicables aux personnes physiques. En fait, il peut difficilement en aller autrement dans la mesure où certaines notions traditionnelles, telle l'intention, font référence à des processus volitifs individuels. En outre, bien qu'il soit juste d'affirmer qu'une preuve de la diligence déployée par l'entité corporative pour prévenir la commission de l'infraction nie l'intention de commettre cette infraction, l'idée avancée à l'effet que l'intention de la corporation puisse être établie par la preuve de son défaut d'encourager le respect des lois est toutefois plus problématique. En l'absence d'un devoir légal d'agir de la sorte, le défaut de créer un environnement favorisant le respect des lois tient tout autant de la négligence que de l'intention. Il nous apparaît qu'ici, malgré un désir évident de conserver conceptuellement distinctes l'intention et la négligence, une dangereuse frontière ait été franchie. Enfin, le paragraphe 501.4 définit l'insouciance comme étant la prise injustifiée d'un risque. Alors que la preuve de la prise délibérée d'un tel risque par un employé de la corporation suffit à établir la responsabilité de la personne morale, en application semble-t-il de la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui, cette dernière peut éviter la condamnation en établissant avoir pris des mesures susceptibles de justifier le risque. Personnellement, nous avons du mal à discerner ce qui distingue conceptuellement la tolérance face à la commission d'une infraction (intention), le fait de ne prendre aucune mesure pour justifier la prise d'un risque (insouciance) et le fait de ne pas faire diligence pour éviter la commission d'une infraction (négligence).

Une reformulation du projet australien pourrait certes être envisagée afin d'éviter entre autres la confusion entre les fautes objectives et subjectives. À cet égard, il nous apparaît que la tolérance passive de la commission d'infractions peut difficilement fonder la responsabilité pour une infraction exigeant une *mens rea* active. L'étude du projet australien soulève toutefois la question plus fondamentale de savoir si la définition d'une ou de plusieurs notions de faute corporative doit nécessairement se calquer sur les définitions applicables aux individus et dérivées de l'observation empirique des processus psychologiques propres à ces derniers. À notre avis, ni le concept d'égalité devant la loi ni le désir de traiter équitablement les personnes morales ne forcent inexorablement à répondre par l'affirmative.

Il serait selon nous suffisant d'envisager deux types de faute collective. Une définition de la négligence corporative est déjà présente dans le Livre blanc lorsqu'il y est prévu que le défaut par certaines personnes responsables de prendre, individuellement ou collectivement, des mesures destinées à empêcher la commission de l'infraction est constitutif de négligence.

Par ailleurs, une norme de faute plus élevée pourrait être envisagée pour les infractions exigeant une *mens rea* active. La personne morale pourrait être tenue responsable en application de la théorie de l'identification quand une personne responsable possédait l'état d'esprit requis pour la commission de l'infraction entendue dans son sens générique. La personne morale pourrait aussi voir sa responsabilité engagée quand une personne responsable a expressément commandé ou autorisé la commission de l'infraction. La personne morale devrait enfin être tenue responsable si sa culture corporative ou son mode organisationnel sont de nature à encourager, sanctionner ou conduire à la commission d'une infraction. Dans tous les cas une défense de diligence raisonnable déployée par la personne morale pour éviter la commission de l'infraction devrait pouvoir être invoquée.

Ces différentes manières d'envisager la *mens rea* collective de la personne morale devraient être entendues comme des modalités alternatives d'une même faute collective. Il nous apparaît que, par définition, une norme de faute collective ne peut se définir de manière monolithique. Il est donc naturel d'identifier plusieurs façon de commettre cette faute. À notre avis, il serait toutefois vain de tenter de hiérarchiser ces différentes modalités de manière à les faire correspondre aux différents processus cognitifs individuels fondant traditionnellement la distinction entre les diverses normes de faute subjective. Dans une culture d'inspiration judéo-chrétienne largement influencée par la philosophie des lumières, on peut concevoir que l'intensité du blâme varie en fonction de la présence ou de l'absence de certains états psychologiques caractérisés chez des individus dotés d'autonomie et de

volition. Nous ne croyons pas toutefois que ces considérations aient une quelconque pertinence dans le contexte différent de la responsabilité des personnes morales. À notre avis, une personne morale devrait pouvoir être tenue responsable de toute infraction exigeant la preuve d'une *mens rea* subjective dès qu'est établie la preuve d'un des éléments de faute collective que nous avons suggérés.

Au plan pratique, les subtiles distinctions entre les différentes normes de faute subjective n'offrent véritablement de pertinence que dans le contexte des infractions d'homicide. La jurisprudence canadienne prend en effet grand soin de n'accoler l'étiquette de meurtrier et de n'en faire supporter l'opprobre qu'aux personnes ayant fait preuve d'une turpitude morale particulière. Dans le contexte des personnes morales, nous ne voyons pas que les principes de justice fondamentale doivent nécessairement mener à la même conclusion dans la mesure surtout où la notion d'emprisonnement à perpétuité n'a aucune pertinence. On pourrait par ailleurs envisager de réserver les condamnations pour meurtre, tout comme d'ailleurs les condamnations pour bigamie, aux seules personnes physiques. Quoi qu'il en soit, des considérations liées au problème particulier du meurtre ne devraient pas influencer indûment sur le développement de principes originaux en matière de faute corporative.

Avant de conclure, un dernier point devrait être soulevé. Nous avons déjà mentionné que, dans tous les cas, la personne morale devrait pouvoir éviter une condamnation en établissant avoir fait diligence raisonnable afin d'éviter la commission de l'infraction. À cet égard, nous pensons qu'il faudrait sérieusement songer à faire supporter le fardeau de prouver cette diligence raisonnable par la personne morale. Nous sommes bien consciente qu'un tel fardeau porte à première vue atteinte à la présomption d'innocence enchâssée dans la Charte et que compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême dans ce domaine, il y a fort à parier qu'une telle disposition soit source de litiges. Il n'en demeure pas moins toutefois la défense de diligence raisonnable, dans la mesure où un fardeau de preuve y serait attaché, constitue moins une entorse à la présomption d'innocence qu'un tempérament intéressant à la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui ou à la doctrine de l'identification. La diligence raisonnable serait invoquée une fois prouvée l'autorisation par un dirigeant de l'entreprise de commettre l'infraction, sa participation à cette dernière ou encore une fois établie la culture corporative ayant mené à la commission de l'infraction. Plutôt que de reconnaître automatiquement la responsabilité de la compagnie une fois la faute d'un individu, si important soit-il dans la hiérarchie, prouvée, la compagnie pourrait éviter la condamnation en renversant la présomption de faute de sa part établie par la faute de son dirigeant. En ce sens, le fardeau de preuve serait moins renversé par la loi que par la preuve

de la faute commise par le représentant de la personne morale. La possibilité d'invoquer en défense l'absence de faute corporative réduit sensiblement le risque que l'entité corporative ne soit condamnée pour le fait d'un individu isolé sans qu'il n'y ait vraiment eu faute de la part de la personne morale entendue comme une collectivité. Raisonner en termes de présomption d'innocence face à ce renversement de fardeau revient à dire qu'une application rigide de la théorie de l'identification ne laissant aucune porte de sortie à la personne morale ne pose aucun problème constitutionnel alors que tout tempérament apporté à cette théorie est suspect. Par ailleurs, nous avons déjà invoqué l'ouverture manifestée par la Cour suprême en ce qui concerne la possibilité de concevoir différemment les principes de justice fondamentale lors de l'examen de dispositions exclusivement applicables aux personnes morales. Or, les problèmes de preuve évidents que rencontrerait la poursuite au moment d'établir les mesures préventives et le climat régnant au sein d'une entreprise ne peuvent être ignorés³⁷.

Il est à notre avis évident que, plus les dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales seront rédigées avec le souci de transposer le plus fidèlement possible les règles traditionnelles applicables à la responsabilité des individus, plus les litiges constitutionnels liés directement aux principes de justice fondamentale applicables aux individus seront nombreux. En effet, plus on tentera de reproduire le schéma traditionnel de la responsabilité individuelle, moins la notion de présomption d'innocence n'aura de sens original dans le contexte corporatif. De même, plus on essaiera d'élaborer des principes de responsabilité corporative de manière à faire correspondre un état psychologique particulier à un ensemble de circonstances et de conséquences précises, plus les problèmes de la relation temporelle entre ces deux éléments de l'infraction seront susceptibles d'être soulevés au nom des principes de justice fondamentale.

³⁷ D. HANNA, dans son texte précité, note 3, semble approcher le renversement du fardeau de preuve de la même manière. À la p. 471 il écrit :

As a result, I would advocate corporate liability for *mens rea* offences in cases where the prosecution can point to a guilty corporate policy as an element of the offence. The obvious difficulty with such an approach is, of course, proof. Corporations simply do not tend to include criminal policies in their by-laws, memoranda or the minutes of meetings. One way to meet this difficulty is to suggest a slightly modified role for the identification doctrine, such as if one can point to a guilty directing mind, it could raise an evidential presumption that the acts of the directing minds are instances of corporate policy.

RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS

La plupart des suggestions contenues dans ce texte impliquent une révision en profondeur des propositions de modification au Code criminel contenues dans le Livre blanc. Ces suggestions ne constituent toutefois que la suite logique à donner au processus déjà entamé par la Cour suprême du Canada et poursuivi dans le Livre blanc. Les alternatives sont en effet assez simples. Si le *statut quo* apparaît comme une rationalisation acceptable de la responsabilité des personnes morales, il est possible de codifier le compromis mis de l'avant par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canadian Dredge*. Dans un contexte toutefois où sont reconnues les limites inhérentes aux doctrines traditionnelles de la responsabilité du fait d'autrui et de l'identification, il importe de définir une notion de faute corporative qui rende compte des modes de fonctionnement et de prise de décisions particuliers des personnes morales. La notion de faute collective, déjà esquissée dans le Livre blanc, peut toutefois difficilement se calquer sur les normes de faute élaborées dans le contexte de la responsabilité individuelle. C'est pourquoi nous recommandons :

- l'élaboration de deux normes de faute corporative définies de manière à rendre compte du caractère collectif de la faute dans le contexte des personnes morales

- la première norme de faute serait applicable aux infractions de négligence

- la seconde serait applicable aux infractions exigeant la *mens rea* active. Cette norme de faute serait définie en prenant appui sur la théorie de l'identification mais certains tempéraments devraient être apportés à cette doctrine afin de mieux cerner l'aspect collectif de la faute corporative. Ainsi, une personne morale devrait pouvoir être disculpée si elle a fait preuve de diligence raisonnable. Par ailleurs, elle devrait pouvoir être reconnue coupable si sa culture corporative a favorisé la commission de l'infraction, peu importe qu'une personne physique ait ou non fait preuve d'un état d'esprit particulier;

- dans tous les cas, il est préférable d'associer la faute corporative à un élément matériel concomitant ou postérieur. La responsabilité pénale ne devrait pas être retenue si l'élément matériel précède la faute;

- que les règles relatives à la responsabilité des personnes morales soient rédigées de manière à être indépendantes des modes de participation criminelle;

- que les dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales soient rédigées de manière à ce que la définition de l'*actus reus* et de la faute soient contenues dans des articles distincts;

- que ces dispositions soient rédigées de manière à s'appliquer à toutes les infractions, qu'elles soient criminelles ou réglementaires;
- que soit envisagé la possibilité d'imposer dans tous les cas à la personne morale le fardeau de prouver sa diligence raisonnable;
- qu'en relation avec la définition de normes de faute proprement corporatives, une discussion sérieuse soit entamée relativement aux moyens de défense généraux pouvant être invoqués par une personne morale;
- enfin, qu'une réflexion soit amorcée relativement à l'éventail des peines pouvant être infligées à une personne morale.

ANNEXE

**M O D E L
C R I M I N A L
C O D E**

**DISCUSSION
DRAFT**

**CHAPTER 2
GENERAL PRINCIPLES
OF CRIMINAL
RESPONSIBILITY**

**CRIMINAL LAW OFFICERS
COMMITTEE OF THE
STANDING COMMITTEE OF
ATTORNEYS-GENERAL**

JULY 1992

This is a discussion draft. It does not represent the concluded views of the Standing Committee of Attorneys-General.

CODE**PART 5 — CORPORATE CRIMINAL
RESPONSIBILITY****501. Bodies corporate**

A body corporate may be found guilty of any offence, including one punishable by imprisonment.

501.1 This Code applies, with any necessary modifications, to bodies corporate in the same way that it does to natural persons.

501.2 A physical element of an offence committed by a servant, agent, employee or officer of a body corporate acting within the scope of his or her employment or within his or her actual or apparent authority must be attributed to the body corporate.

501.3 If intention or knowledge is a required fault element of an offence, that fault element exists on the part of a body corporate that expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence.

501.3.1 The means by which this test may be satisfied include proving

- that the board of directors or a high managerial agent of the body corporate engaged in that conduct or authorised or permitted it but the test will not be satisfied if the body corporate proves that it exercised due diligence to prevent that conduct; or
- that a corporate culture existed within the body corporate that directed, encouraged, tolerated or led to non-compliance with the relevant provision or that the body corporate failed to create and maintain a corporate culture that required compliance with the relevant provision. Factors relevant to this issue include

CODE

- whether authority or permission to commit an offence of the same or a similar character had been given by a high managerial agent of the body corporate; and

- whether the servant, agent, employee or officer of the body corporate who committed the offence believed on reasonable grounds, or entertained a reasonable expectation, that a high managerial agent of the body corporate would have authorised or permitted the commission of the offence.

501.3.2 "Corporate culture " is an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or within the area of the body corporate in which the relevant activities take place. "High managerial agent" is a servant, agent, employee or officer of the body corporate with duties of such responsibility that his or her conduct may fairly be assumed to represent the policy of the body corporate.

501.4 If recklessness is a required fault element of an offence, that fault element may exist on the part of a body corporate if a servant, agent, employee or officer of the body corporate acting within the scope of his or her employment or his or her actual or apparent authority has that fault element. But that element cannot be attributed to the body corporate if it was aware that there was a substantial risk of the commission of the offence and it took measures that resulted in it not being unjustifiable to take that risk.

CODE

- 501.4.1 The burden of proving that a body corporate took measures that resulted in the risk of the commission of an offence not being unjustifiable is on the body corporate.
- 501.5 If negligence is a required fault element of an offence, that fault element may exist on the part of a body corporate even though no individual servant, agent, employee or officer of the body corporate has that fault element if the conduct of its servants, agents, employees and officers is negligent when viewed collectively.
- 501.6 If under section 306 a servant, agent, employee or officer of a body corporate may escape liability for a strict liability offence if he or she acted under a mistaken but reasonable belief about facts, the body corporate has a defence in respect of that person's conduct if it proves that it exercised due diligence to prevent the conduct which would, but for this sub-section, constitute an offence on the part of the body corporate.
- 501.7 Negligence or failure to exercise due diligence may be evidenced by the fact that the carrying out of the prohibited conduct was substantially attributable to
- inadequate corporate management, control or supervision of the conduct of one or more of its servants, agents, employees or officers; or
 - failure to provide adequate systems for the conveying of relevant information to relevant persons in the body corporate.