

Le risque de corruption et la pandémie COVID-19 : assurer la conformité à l'ère de la « nouvelle normalité »

MAY 5, 2020 11 MIN READ

Related Expertise

- [Risk Management and Crisis Response](#)

Authors: [Lawrence E. Ritchie](#), [Malcolm Aboud](#), [Stéphane Eljarrat](#), Chelsea Rubin, Stéphane Eljarrat, Frédéric Plamondon

La pandémie de COVID-19 augmente le risque pour les entreprises qui opèrent dans un contexte économique nouveau et incertain. Bien que les autorités de réglementation aient assoupli certaines exigences, telles que les délais de dépôt, les services de police et les autorités de réglementation continuent de tenir avec vigilance les contrevenants responsables de leurs infractions. Les entreprises seront probablement confrontées à un contrôle réglementaire croissant, tandis que les mauvais acteurs pourraient simultanément chercher à exploiter la pandémie. Dans ce contexte, les entreprises, et ceux qui sont chargés de les gérer, continueront à être tenus responsables du respect de normes de conformité élevées pour se protéger et protéger les marchés de manière plus générale. En particulier, les entreprises doivent se prémunir contre la responsabilité des actions des entrepreneurs, des employés et des contreparties, dont elles peuvent être responsables en droit.

Voici les principales considérations que les entreprises doivent garder à l'esprit pour maintenir de solides contrôles de conformité pendant et après la pandémie.

Soyez conscients de la responsabilité pénale potentielle des entreprises

Les entreprises peuvent être soumises à une responsabilité pénale, soit pour faute, soit pour négligence. En particulier, les entreprises peuvent être soumises à la responsabilité pénale des entreprises lorsque l'infraction a été commise avec la participation d'une personne responsable d'un aspect important des activités de l'entreprise, ou lorsque l'entreprise démontre une négligence criminelle ayant entraîné la mort ou des lésions corporelles. Les entreprises peuvent également, dans certaines circonstances, être tenues pour pénalement responsables des actions des entrepreneurs, des employés ou des contreparties.

- Les entreprises peuvent être déclarées pénalement responsables d'infractions au Code criminel et à d'autres lois fédérales telles que la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* si une infraction a été commise avec la participation d'une personne chargée de gérer un aspect important des activités de l'entreprise. Il peut s'agir de circonstances dans lesquelles la direction est consciente ou ferme les yeux sur des infractions commises par des agents, des employés ou des contreparties. Inversement, les agents, directeurs et autres cadres supérieurs peuvent être tenus pénalement responsables personnellement s'ils sont une partie à l'infraction.

- Les entreprises peuvent être jugées pénalement négligentes si elles font preuve d'une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui en montrant un "écart marqué et important" par rapport à la norme de diligence attendue d'une personne raisonnable, ce qui entraîne la mort ou des lésions corporelles. Notamment, des personnes physiques ou morales peuvent être pénalement négligentes lorsqu'elles omettent de se conformer à une obligation légale. Il peut s'agir d'entreprises qui ne respectent pas leurs obligations légales en vertu d'ordonnances gouvernementales prises dans le cadre de la législation d'urgence, ainsi que de la législation sur la santé et la sécurité au travail.^[1] L'implication de la direction n'est pas nécessaire pour que les entreprises soient considérées comme pénalement négligentes.

Pour réduire au minimum le risque de voir leur responsabilité pénale engagée, les organisations prudentes devraient avoir mis en place des mesures proactives suffisantes, qui ont été reconnues par les tribunaux comme une circonstance atténuante en cas de condamnation. À ce titre, il est essentiel que les entreprises respectent toutes les obligations légales, y compris les mesures d'urgence gouvernementales et les obligations dans le cours normal des activités, comme indiqué ci-dessous, pendant et après la pandémie, à défaut de quoi elles pourraient être confrontées à une responsabilité pénale et à un risque de déclin massif.

Minimiser les risques d'hériter de la responsabilité par le biais de l'activité transactionnelle

La responsabilité pénale ou réglementaire peut également être héritée par une société acquéreuse dans le cadre d'opérations de fusions-acquisitions, lorsque c'est la société elle-même et non les actifs qui sont acquis. En tant que telles, les entreprises engagées dans des activités de fusion et d'acquisition pendant et après la pandémie doivent faire preuve d'un degré élevé de diligence pour s'assurer qu'elles n'acquièrent pas de risque réglementaire. En plus de faire preuve de la diligence requise, les entreprises acquéreuses doivent inclure des déclarations et des garanties appropriées dans les accords pertinents, ainsi que des engagements et des dispositions anti-corruption concernant des questions accessoires telles que l'approbation du gouvernement et les droits de résiliation/date limite, le cas échéant.

Suivre l'évolution de la situation et maintenir la conformité avec les mesures d'urgence et autres mesures liées à la COVID-19

Respectez scrupuleusement les mesures d'urgence et les autres obligations légales en rapport avec la pandémie COVID-19. Les gouvernements provinciaux ont adopté diverses mesures d'urgence, notamment:

- la fermeture d'entreprises non essentielles et les restrictions qui leur sont imposées ;
- l'interdiction de pratiques telles que le gonflement des prix (par exemple, les [interdictions](#) de l'Ontario et les [mesures d'exécution](#) des États-Unis ; et
- diverses mesures de santé et de sécurité, y compris l'éloignement physique.

Les entreprises ou les particuliers qui ne se conforment pas aux ordres ou aux directives du gouvernement dans le cadre de la législation d'urgence – ou qui ne prennent pas les

précautions nécessaires pour empêcher la propagation de la COVID-19 – peuvent être tenus responsables. En outre :

- Les entreprises qui enfreignent les ordonnances d'urgence émises par les gouvernements provinciaux – y compris les fermetures obligatoires d'entreprises et les mesures d'éloignement physique – peuvent être soumises à des amendes ou à l'emprisonnement de leurs directeurs et agents en vertu de la législation d'urgence.
- Les employeurs restent soumis à une obligation générale en vertu du droit fédéral et provincial du travail et de l'emploi de veiller à ce que la santé et la sécurité des employés soient protégées.
- Tel que discuté ci-dessus, les entreprises peuvent être pénalement négligentes si elles montrent un écart marqué et substantiel par rapport à la norme de diligence requise, y compris en ce qui concerne les obligations ci-dessus.

Une liste des mesures d'urgence prises à ce jour peut être consultée [ici](#). Pour les considérations relatives à l'emploi, veuillez consulter notre [Aide-mémoire sur la COVID-19 destiné aux employeurs](#).

Gérer les chaînes d'approvisionnement et les risques de fraude

Les entreprises du monde entier sont confrontées à des défis significatifs en matière de chaîne d'approvisionnement. Comme la demande de biens essentiels prolifère rapidement – y compris la nourriture, les équipements médicaux, les médicaments et les équipements de protection individuelle – les entreprises seront de plus en plus contraintes de maintenir ou d'étendre leurs chaînes d'approvisionnement. Les entreprises qui acquièrent des équipements de protection individuelle ("EPI") sont particulièrement vulnérables. Des exemples de fraude concernant ces articles [ont déjà eu lieu](#). Les entreprises devraient prendre des mesures appropriées pour s'assurer qu'elles ne sont pas victimes de tels stratagèmes ou qu'elles ne font pas affaire avec de mauvais acteurs.

Les interruptions de la chaîne d'approvisionnement augmentent le risque que les entreprises soient victimes de fraudes et exigent une plus grande conformité réglementaire. C'est pour cette raison que les meilleures pratiques doivent être soigneusement respectées et, dans certains cas, renforcées, afin d'atténuer le risque de fraude. Ces meilleures pratiques comprennent des mesures approfondies de connaissance du client (même si elles ne sont pas formellement requises), une diligence raisonnable à l'égard des entrepreneurs et des fournisseurs en général, et l'inclusion de déclarations et de garanties de conformité à la législation anti-corruption, entre autres, dans les accords pertinents.

La diligence et la conformité appropriées devraient englober les obligations de sanctions pertinentes – tant à l'égard des juridictions inscrites sur la liste qu'à l'égard des personnes. Jusqu'à présent, le gouvernement canadien n'a donné que peu d'indications sur les sanctions ou autres contrôles à l'exportation : alors que certains pays imposent des contrôles supplémentaires à l'exportation, d'autres facilitent des exportations supplémentaires pour répondre à des besoins humanitaires.^[2] Dans les deux cas, les régulateurs n'ont pas levé les exigences en matière de sanctions et les entreprises restent soumises à leurs obligations en la matière. Outre les audits généraux de fraude, les entreprises – en particulier celles qui travaillent avec de nouveaux partenaires tiers (par exemple, par le biais de nouvelles chaînes d'approvisionnement ou d'autres partenariats d'approvisionnement) – doivent maintenir les meilleures pratiques pour s'assurer qu'elles restent conformes aux obligations en matière de

sanctions et aux autres exigences du droit canadien.^[3]

Faire preuve de prudence dans les interactions avec le gouvernement

Les entreprises qui s'adaptent au contexte de la pandémie peuvent se trouver engagées dans des interactions gouvernementales en dehors de leur cours normal. Les entreprises doivent être conscientes des points suivants dans toutes leurs interactions avec le gouvernement:

- **Législation sur la concurrence:** Les entreprises peuvent être confrontées à des risques accrus en vertu de la Loi sur la concurrence, en particulier lorsqu'elles font des transactions avec le gouvernement ou lorsqu'elles sont remobilisées par le gouvernement à des fins spécifiques au COVID conformément aux mesures d'urgence. En plus des meilleures pratiques existantes, les entreprises doivent s'assurer que toutes les mesures et les raisons stratégiques qui guident la prise de décision sont bien documentées. Pour plus d'informations, veuillez consulter l'article de notre groupe de Concurrence : [Respect des règles de concurrence pendant la crise du COVID-19 : le gonflement des prix, les pratiques commerciales trompeuses et la collusion.](#)
- **Législation sur le lobbying:** L'évolution de la situation économique peut amener les entreprises à prendre des mesures de lobbying supplémentaires, notamment en ce qui concerne l'aide financière ou la fermeture d'entreprises. Les entreprises doivent se conformer à l'ensemble de la législation applicable en matière de lobbying lorsqu'elles entreprennent de telles activités.
- **Législation anti-corruption:** Les entreprises canadiennes restent soumises à des obligations en matière de lutte contre la corruption, tant au niveau national qu'extraterritorial. Le non-respect de ces obligations peut entraîner une responsabilité pénale, notamment des amendes, des sanctions pénales et d'autres sanctions potentielles telles que l'exclusion des marchés publics.

Les transactions avec les gouvernements doivent être bien documentées et conformes aux normes réglementaires. Soyez particulièrement prudent lorsque vous traitez avec des intermédiaires (par exemple, lorsqu'un tiers offre son aide).

Maintenir les procédures normales et donner le "ton au sommet"

Avant tout, les entreprises doivent continuer à suivre rigoureusement leurs procédures normales de conformité tout au long de la pandémie. Elles devraient notamment:

- veiller à ce que les mécanismes d'audit et autres mécanismes de surveillance soient maintenus de manière appropriée tout au long de la pandémie;
- continuer à traiter les problèmes de conformité portés à l'attention de l'entreprise, y compris les enquêtes sur les rapports des dénonciateurs et d'autres questions;

- examiner les objectifs, les critères de référence et les incitations des entreprises dans le contexte de la pandémie et du ralentissement économique qui en résulte et veiller à ce que les représentants des entreprises soient incités à suivre rigoureusement les procédures de conformité et à ne pas s'en écarter pour tenter d'atteindre des objectifs de performance irréalistes; et
- veiller à ce que les messages soulignent systématiquement l'importance de la conformité et la nécessité de la vigilance.

Pour plus d'informations sur les implications juridiques et les impacts commerciaux de COVID-19, veuillez consulter notre page [ici](#).

[1] En outre, le fait pour toute personne qui dirige le travail d'une autre personne de ne pas prendre des mesures raisonnables pour empêcher que cette personne ou d'autres personnes ne subissent des dommages corporels constitue une infraction au sens du *Code criminel*.

[2] Par exemple, l'Agence fédérale américaine des situations d'urgence (FEMA) a publié une [Règle finale temporaire et un avis subséquent](#) ordonnant à l'agence d'examiner les exportations d'EPI et d'autres "matériaux couverts" nécessaires pour répondre à la pandémie. En revanche, le Canada a [annoncé](#) un financement supplémentaire pour l'aide internationale COVID et a déjà envoyé des [EPI](#) en Chine. En retour, la Chine a [remboursé l'envoi](#).

[3] Les entreprises engagées dans des opérations de financement ou d'autres activités susceptibles de relever du champ d'application de la législation sur le financement du terrorisme ou la lutte contre le blanchiment de capitaux doivent également être conscientes des risques potentiels. Le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) a [souligné](#) que toutes les entreprises soumises à *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* et aux règlements connexes sont censées respecter toutes les obligations qui en découlent, y compris en matière de déclaration, et que les entités déclarantes et non déclarantes sont également soumises aux dispositions du *Code criminel* relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent. Pour plus d'informations sur les obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, veuillez consulter notre page [Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes](#).