

6 FÉVRIER 2015

Les personnes visées par une accusation de complot peuvent obtenir communication des renseignements recueillis en vertu des Programmes d'immunité et de clémence du Bureau de la concurrence

Auteurs : [Sandra A. Forbes](#), [Charles Tingley](#) et George N. Addy

Le 4 février 2015, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a statué que les renseignements factuels pertinents fournis au ministère public en vertu du Programme d'immunité ou du Programme de clémence du Bureau de la concurrence (le Bureau) dans les affaires de cartel ne sont pas protégés contre la communication aux personnes accusées par le privilège du secret professionnel de l'avocat ni par celui relatif aux règlements. La décision de la Cour précise la rigueur de l'obligation de communication à laquelle est tenu le ministère public dans les poursuites liées au droit de la concurrence découlant de demandes d'immunité ou de clémence. Elle confirme également que les demandeurs d'immunité ou de clémence ne peuvent prétendre à aucune attente légitime de confidentialité à l'égard des personnes accusées en ce qui a trait aux renseignements factuels qu'ils communiquent au Bureau et au ministère public afin d'obtenir l'immunité ou la clémence. Davies représente l'une des accusées dans cette affaire.

Contexte

La cause fait suite à une enquête du Bureau sur un présumé cartel de fixation du prix dans l'industrie canadienne du chocolat, elle-même déclenchée par une demande présentée en vertu du Programme d'immunité du Bureau. Aux termes de ce programme, les participants à un cartel non détecté contraire à la Loi qui collaborent avec le Bureau et le ministère public et leur fournissent des preuves dans le cadre de l'enquête et des accusations éventuelles de complot peuvent bénéficier d'une immunité de poursuite. Dans la présente affaire, à l'été 2007, Cadbury Canada Inc. a communiqué avec le Bureau en vertu du Programme d'immunité et fourni des renseignements qu'elle avait recueillis dans le cadre d'une enquête interne menée sur le cartel soupçonné. Puis, en mai 2008, est intervenu un accord officiel accordant l'immunité à Cadbury ainsi qu'aux membres de la haute direction et aux employés.

Des mandats de perquisition furent exécutés en novembre et en décembre 2007, à la suite de quoi Hershey Canada Inc., l'une des parties visées par l'enquête du Bureau, communiqua avec ce dernier afin d'obtenir le statut de premier demandeur en vertu du Programme de clémence. Ce programme encourage les participants à un cartel qui ne peuvent bénéficier de l'immunité complète à communiquer avec le Bureau et à collaborer à son enquête ainsi qu'à toute poursuite éventuelle en échange d'un traitement plus clément dans le cadre d'un engagement de plaider coupable. Après avoir fourni des renseignements au Bureau pendant plusieurs années, Hershey a conclu une transaction pénale avec le ministère public en février 2011. Aux termes de celle-ci, Hershey a bénéficié d'une sentence clémente (ayant plaidé coupable à un chef de fixation du prix pour lequel elle a écopé d'une amende de 4 millions de dollars) et ses hauts dirigeants et employés ont obtenu l'immunité de poursuite.

Le 6 juin 2013, le Bureau a annoncé que des accusations avaient été portées contre trois autres sociétés et certaines personnes pour leur participation présumée à un cartel de fixation du prix des confiseries à base de chocolat au Canada. Après avoir commencé à communiquer la preuve aux accusées, le ministère public s'est rendu compte que certains des documents communiqués étaient visés par le privilège relatif aux règlements revendiqué par Cadbury et Hershey. Le ministère public a demandé que ces documents lui soient retournés ou soient détruits, mais les accusées ont refusé et invoqué leur droit à l'information en question ainsi qu'à l'information supplémentaire que retenait le ministère public sur la base du privilège relatif aux règlements découlant des négociations menées avec Cadbury et Hershey en vertu du Programme d'immunité et du Programme de clémence du Bureau.

Le ministère public a demandé à la Cour de trancher la question, et Cadbury et Hershey ont obtenu l'autorisation d'intervenir à la demande. Les parties s'accordaient pour reconnaître que les renseignements à l'égard desquels on revendiquait le privilège étaient pertinents dans le cadre des accusations criminelles portées contre les accusées. Elles s'accordaient également pour reconnaître que le ministère public, conformément à son obligation de communication de la preuve, devait communiquer les renseignements que les intervenantes avait fournis au ministère public après la signature des accords officiels d'immunité et de clémence. En revanche, soutenaient le ministère public et, surtout, les intervenantes, les renseignements fournis au ministère public par les intervenantes *avant* la signature de ces accords ne devaient pas être communiqués. Selon Hershey, les renseignements étaient protégés non seulement par le privilège relatif aux règlements mais également par le privilège du secret professionnel de l'avocat du fait qu'ils avaient été recueillis par les conseillers juridiques de Hershey pendant l'enquête interne menée par celle-ci.

Décision

La Cour a balayé tous les arguments avancés par le ministère public et les intervenantes et déclaré que les renseignements factuels pertinents fournis au ministère public par les intervenantes en vertu du Programme d'immunité et du Programme de clémence devaient tous être communiqués aux accusées. Non seulement n'étaient-ils pas protégés par un privilège, mais les conditions claires encadrant l'immunité et la clémence énoncées dans les politiques écrites du Bureau et les accords officiels passés par le ministère public faisaient échec à toute attente raisonnable de non-communication dans des poursuites criminelles subséquentes. De façon générale, la Cour ne voyait aucune raison de principe justifiant d'accorder aux renseignements fournis au Bureau et au ministère public un traitement différent modulé en fonction du moment où les renseignements ont été fournis pendant le processus d'immunité et de clémence.

Renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat

La Cour a rejeté l'argument de Hershey selon lequel les renseignements fournis au ministère public avant l'obtention officielle de l'immunité ou de la clémence étaient protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Sans se prononcer sur la question de savoir si les renseignements recueillis par les conseillers juridiques pendant l'enquête interne de Hershey étaient ou non protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat, la Cour a conclu que la communication de ces renseignements au Bureau et au ministère public entraînait la perte du privilège, sur la base du principe général selon lequel il y a renonciation au privilège lorsque des renseignements protégés par celui-ci sont communiqués à des tiers, en particulier lorsque ces derniers ont des intérêts opposés, comme c'était le cas en l'espèce.

Thème récurrent de la décision, la Cour a conclu que Hershey avait nécessairement renoncé au privilège en communiquant ces renseignements dans le cadre du processus de clémence qui l'obligeait contractuellement à transmettre les renseignements au ministère public afin que celui-ci les utilise pour faire la preuve des accusations portées contre les accusées. Dans ce contexte, la communication signifiait que Hershey ne considérait pas les renseignements comme étant protégés par le privilège ou qu'elle acceptait de renoncer au privilège en échange de clémence.

Non-application du privilège relatif aux règlements

La Cour a fait remarquer que le privilège relatif aux règlements vise à encourager les parties à entrer en pourparlers sans crainte que leurs communications soient utilisées contre elles dans une poursuite ultérieure. Selon la Cour, cette affaire se distinguait par le fait que les renseignements fournis au ministère public par les intervenantes dans le cadre des négociations entourant l'immunité et la clémence ne devaient pas servir contre elles, mais plutôt contre des tiers visés par des accusations criminelles. Aucune des intervenantes ne pouvait faire la preuve d'un quelconque préjudice causé par la communication et aucune ne faisait face à des poursuites civiles ou criminelles découlant des accusations portées par le ministère public. Les faits présentés à la Cour ne justifiaient donc pas directement l'application du privilège relatif aux règlements.

Plus important encore, les règles très précises encadrant les processus d'immunité et de clémence dans le cadre desquels les intervenantes avaient fourni les renseignements au Bureau et au ministère public ne permettaient pas à la Cour de conclure que ces derniers étaient protégés par le privilège relatif aux règlements. La Cour a réitéré que les intervenantes savaient qu'elles devaient, pour obtenir l'immunité et la clémence en vertu des programmes du Bureau, fournir des preuves pouvant servir contre des tiers dans des

poursuites criminelles. Cette obligation, au coeur des négociations, était énoncée en toutes lettres dans les politiques écrites du Bureau relatives à l'immunité et à la clémence.

La Cour a conclu que l'accord d'immunité de Cadbury prévoyait expressément la communication des renseignements de Cadbury conformément à l'obligation de communication de la preuve qui incombe au ministère public en matière criminelle. La Cour a aussi souligné que le bulletin du Bureau portant sur la clémence énonce clairement que « une fois qu'une transaction pénale est conclue, toute l'information fournie par le demandeur de clémence peut être utilisée » par le Bureau et le ministère public. Cadbury et Hershey ne pouvaient donc raisonnablement s'attendre dans ces circonstances à ce que leurs renseignements, fournis avant ou après la signature des accords officiels d'immunité et de clémence, soient protégés contre la communication. Elles devaient plutôt s'attendre au contraire compte tenu de leur obligation contractuelle de fournir des éléments de preuve pouvant servir dans des poursuites criminelles.

La Cour a ajouté que même si elle avait conclu à l'application du privilège relatif aux règlements, deux raisons auraient tout de même justifié la communication de l'information aux accusées. Premièrement, tout comme pour le privilège du secret professionnel de l'avocat, les intervenantes avaient renoncé au privilège relatif aux règlements quand elles ont fourni les renseignements au Bureau et au ministère public sachant que ceux-ci étaient destinés à servir dans une poursuite criminelle ultérieure et que le ministère public a l'obligation de communiquer tous les renseignements pertinents à l'accusé. Quant aux renseignements de Cadbury, la Cour a conclu que la renonciation au privilège se manifestait aussi par l'utilisation de ces renseignements dans un affidavit à l'appui d'une demande de mandats de perquisition contre certaines des accusées. Cet affidavit devait être communiqué aux accusées; de plus, l'utilisation des renseignements de Cadbury qui s'y trouvaient, et le temps écoulé depuis l'émission des mandats de perquisition (huit ans environ), constituaient une renonciation à quelque privilège que ce soit.

Deuxièmement, même en l'absence de renonciation, il faudrait faire exception au privilège relatif aux règlements en l'espèce afin de respecter le droit des accusés à une défense pleine et entière. Ce droit est protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'emporte sur l'intérêt à encourager la conclusion de règlements. À cet égard, la Cour a rejeté l'argument des intervenantes selon lequel le fait de ne pas protéger les communications antérieures aux accords d'immunité ou de clémence découragerait les participants à un cartel de présenter une demande en vertu du Programme d'immunité ou du Programme de clémence du Bureau. La Cour a fait remarquer que ni le ministère public ni le Bureau n'avait exprimé d'inquiétude quant à l'efficacité future des outils d'application de la Loi dont dispose le Bureau. Selon elle, il n'était pas nécessaire d'établir un critère spécial ouvrant exception au privilège relatif aux règlements dans ces circonstances. Bien au contraire, le fait que le ministère public était en possession des renseignements en litige déclenchait l'application de l'obligation énoncée dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe* voulant que le ministère public doive communiquer tous les renseignements pertinents qu'il a en sa possession, peu importe que ceux-ci constituent une preuve inculpatrice ou exculpatrice, à moins qu'ils ne soient manifestement non pertinents.

Renseignements visés par l'obligation de communication

La Cour a pris soin de restreindre l'obligation de communication aux renseignements factuels fournis par les intervenantes au Bureau et au ministère public. En conséquence, les avis juridiques qui peuvent avoir été offerts, le détail des négociations entourant le libellé exact des accords et les opinions exprimées sur l'importance relative de l'une ou l'autre des questions n'ont pas à être communiqués aux accusées car, selon la Cour, ils ne constituent pas des faits. De plus, la Cour a conclu que les opinions exprimées par les conseillers juridiques de Cadbury ou de Hershey quant à l'existence ou à l'inexistence, à un moment donné, d'un complot interdit ne seraient pas pertinentes. La Cour a toutefois admis qu'elle avait élaboré cette distinction sans le bénéfice d'un examen des renseignements en question et qu'il était donc possible que surviennent des désaccords sur ce qui fait partie ou non des « renseignements factuels » qui doivent être communiqués dans des cas précis. En conséquence, la Cour a déclaré qu'elle considérerait comme provisoires ses conclusions sur la limite à tracer entre les renseignements factuels et non factuels et qu'elle pourrait les revoir si les parties ne pouvaient s'entendre sur le caractère factuel ou non factuel des renseignements en litige.

Répercussions de la décision

La décision de la Cour défend le droit des accusées à une défense pleine et entière lorsque des accusations criminelles sont portées en vertu de la Loi. La décision entraîne un certain nombre de conséquences :

- Les personnes visées par des accusations portées dans le cadre du Programme d'immunité et du Programme de clémence du Bureau ont accès à tous les renseignements pertinents se trouvant en la possession du ministère public. Ces renseignements peuvent comprendre des faits utiles à la défense, par exemple pour contester la version des événements ou la crédibilité des témoins présentés par le ministère public.
- La Cour rejette clairement l'affirmation selon laquelle la communication de la preuve aux accusées nuira au fonctionnement du Programme d'immunité et du Programme de clémence. Les avocats en droit de la concurrence ne s'en étonneront pas, vu la clarté des conditions d'admissibilité à ces programmes.
- La décision de la Cour ne découragera peut-être pas le recours au Programme d'immunité et au Programme de clémence du Bureau, mais certains développements récents pourraient avoir cet effet, par exemple la hausse des amendes et des peines d'emprisonnement maximales imposées pour la participation à un cartel, l'interdiction d'imposer des sentences à purger dans la communauté aux personnes participant à un cartel et la possibilité qu'une déclaration de culpabilité à une infraction de complot (même obtenue dans le cadre d'une transaction pénale prévoyant la clémence) rende la société inadmissible à soumissionner pour des marchés publics au Canada et à l'étranger.
- Les conséquences plus lourdes liées aux condamnations pour complot pourraient amener un nombre grandissant de parties à contester les allégations de participation à un cartel plutôt qu'à collaborer avec le Bureau, à tout le moins lorsqu'elles ne peuvent obtenir l'immunité. Ainsi, la décision de la Cour dans cette affaire survient dans un contexte où les accusées ont décidé de contester les accusations du ministère public, événement relativement rare au Canada, surtout dans les cas découlant de demandes d'immunité. Cette décision pourrait être la première d'un nouveau courant jurisprudentiel explorant les questions pratiques importantes qui peuvent être soulevées dans les poursuites criminelles pour complot contestées au Canada.

Pour consulter la décision de la Cour, [cliquer ici](#).

Personnes-ressources : [Sandra A. Forbes](#) et [Charles Tingley](#)