

Les entreprises sont-elles  
en train de s'immuniser  
contre le Programme  
d'immunité du Bureau de la  
concurrence du Canada?

---

Faits nouveaux concernant  
la lutte contre les cartels

Dans le domaine de la législation antitrust, des voix s'élèvent pour remettre en question la pertinence continue des programmes d'immunité et de clémence, qui sont en première ligne de la lutte contre les cartels à l'échelle internationale depuis que le ministère de la Justice des États-Unis a lancé le premier programme de clémence au début des années 1990. Étant donné la baisse des demandes de clémence, certains s'interrogent à savoir si un point de bascule n'a pas été atteint dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles criminelles, et s'il ne serait pas nécessaire d'adapter les outils et les approches d'enquête, ou s'il s'agit simplement d'un moment d'accalmie qui sera bientôt oublié. Nous exposons ci-dessous notre point de vue sur la situation au Canada, à un moment où les demandes de clémence sont en baisse, mais où le Bureau de la concurrence du Canada a à sa tête un nouveau chef qui a de l'expérience comme procureur et à la direction des affaires criminelles du Bureau.

À notre avis, il se pourrait bien que les entreprises remettent de plus en plus en question l'intérêt de l'autodéclaration de conduites potentiellement associées à un cartel et de la coopération avec le Bureau en échange de diverses formes de clémence.

## Nomination d'un nouveau commissaire de la concurrence

Nommé commissaire de la concurrence le 5 mars 2019, Matthew Boswell dirigera le Bureau pour un mandat de cinq ans. Avant sa nomination, M. Boswell a occupé d'autres postes de direction au Bureau dont, récemment, celui de commissaire par intérim. Mais c'est sans doute pour son travail comme chef de la Direction générale des affaires criminelles, selon la désignation antérieure, qu'il est le plus connu; il y était chargé des enquêtes visant les cartels criminels, le truquage d'offres et les pratiques commerciales trompeuses. Avant d'entrer au service du Bureau, M. Boswell était à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, où il a mené des instances dans des affaires de fraude et d'infraction à la réglementation en valeurs mobilières. Avant la CVMO, il a travaillé au ministère du Procureur général de l'Ontario où, à titre de procureur de la Couronne, il a engagé des poursuites concernant un large éventail d'infractions criminelles. Étant donné les antécédents professionnels de M. Boswell et sa participation directe au récent programme des affaires criminelles du Bureau, il y a lieu de s'interroger sur l'orientation future du Bureau sous sa gouverne pour ce qui est de la lutte contre les cartels et de la place qu'occuperont les Programmes d'immunité et de clémence du Bureau.

À notre avis, il se pourrait bien que les entreprises remettent de plus en plus en question l'intérêt de l'autodéclaration de conduites potentiellement associées à un cartel et de la coopération avec le Bureau en échange de diverses formes de clémence. Cette situation résulte d'un certain nombre de facteurs interdépendants, et il est probable qu'à court terme, la lutte contre les cartels au Canada sera marquée par les tendances générales suivantes :

- la baisse de l'efficacité des Programmes d'immunité et de clémence du Bureau en tant qu'élément central de la détection des cartels et de la lutte contre ceux-ci;
- le déploiement, par le Bureau, d'efforts accrus pour compenser la diminution des demandes d'immunité et de clémence, au moyen notamment d'une préparation plus proactive des dossiers, de la surveillance soutenue des marchés, de la sensibilisation des organismes partenaires et de l'échange de renseignements avec ceux-ci, et de la prise de mesures susceptibles d'améliorer le régime de dénonciation d'activités illicites;
- la systématisation et la multiplication des éventuelles conséquences négatives d'une enquête ou d'une poursuite pénale pour cartel, même si la cible de celle-ci a présenté une demande de traitement clément.

Nous analysons ci-dessous chacune de ces tendances et ses causes sous-jacentes.

## Première tendance : baisse de l'efficacité des Programmes d'immunité et de clémence

Après quelque 12 mois et deux séries de consultations publiques, le Bureau a publié, en septembre 2018, la version définitive de ses Programmes d'immunité et de clémence révisés. (La première personne ou entité qui déclare une infraction au Bureau peut bénéficier d'une « immunité » et se soustraire à des amendes ou des accusations criminelles. Les demandeurs subséquents à l'égard de la même infraction peuvent bénéficier

Les modifications apportées aux Programmes d'immunité et de clémence pourraient avoir un effet dissuasif susceptible d'en réduire l'attrait et l'efficacité à l'avenir, ce qui, en fin de compte, compliquerait la tâche du Bureau au chapitre de la détection des complots et d'autres conduites illégales et de la poursuite en justice de leurs auteurs.

d'un niveau inférieur de « clémence » pour ce qui est des sanctions.) Comme nous l'avons mentionné dans des communiqués antérieurs, les modifications apportées aux Programmes d'immunité et de clémence pourraient avoir un effet dissuasif susceptible d'en réduire l'attrait et l'efficacité à l'avenir, ce qui, en fin de compte, compliquerait la tâche du Bureau au chapitre de la détection des complots et d'autres conduites illégales et de la poursuite en justice de leurs auteurs.

### **LES RÈGLES DU JEU DE L'IMMUNITÉ ONT CHANGÉ**

Les modifications apportées au programme d'immunité imposent aux demandeurs d'immunité des obligations de coopération et de divulgation plus rigoureuses ayant pour but de permettre au Bureau et au ministère public de monter des dossiers mieux préparés pour les poursuites. Le nouveau programme permet au Bureau d'enregistrer les entrevues des témoins, comporte une nouvelle étape intermédiaire pendant laquelle le demandeur ne jouit que d'une immunité conditionnelle (l'immunité totale n'étant accordée que lorsque le Service des poursuites pénales du Canada [le « SPPC »] est convaincu que la coopération du demandeur n'est plus requise) et exige de la part du demandeur une divulgation plus étendue et en temps opportun avant que l'immunité totale ne lui soit accordée.

Le programme d'immunité révisé annule même l'entente de base selon laquelle, auparavant, les demandeurs d'immunité avaient l'assurance que les renseignements qu'ils communiquaient au Bureau dans le cadre du programme ne seraient pas utilisés contre eux. Selon l'entente type d'octroi d'immunité provisoire annexée au programme révisé, le Bureau et l'État peuvent utiliser les renseignements reçus d'une société demandant l'immunité contre celle-ci dans toute procédure ultérieure si la société manque à ses obligations liées au programme d'immunité; elle est alors réputée avoir renoncé à tout privilège lié à ces renseignements.

Outre ces changements importants, le programme révisé supprime l'immunité automatique qui était accordée à tous les administrateurs, dirigeants et salariés conformément à une entente d'immunité conclue par leur organisation. Les personnes qui demandent l'immunité devront plutôt démontrer qu'elles sont personnellement au courant de la conduite illégale ou qu'elles y ont participé et qu'elles sont disposées à coopérer à l'enquête du Bureau pour bénéficier de l'immunité accordée à leur organisation.

### **LA RÉDUCTION DES SANCTIONS DÉPENDRA DE L'ÉVALUATION A POSTERIORI DE MULTIPLES FACTEURS**

Auparavant, conformément aux termes du programme de clémence, le premier demandeur était admissible à une réduction de l'amende de 50 % et le deuxième, à une réduction de 30 %; la réduction accordée aux demandeurs suivants était déterminée au cas par cas. Selon le programme révisé, les réductions d'amendes dépendront désormais entièrement de la valeur de la coopération du demandeur à l'enquête du Bureau, compte tenu du moment de la présentation de sa demande, du délai de divulgation de l'information et de la pertinence de l'information divulguée. Par conséquent, il est possible qu'un deuxième demandeur ou un demandeur subséquent de clémence obtienne un pourcentage de réduction plus élevé que le premier demandeur si les éléments de preuve qu'il fournit et sa coopération ont plus de valeur. Ainsi, il pourrait être plus difficile de déterminer par avance les avantages associés à la demande d'un signet de clémence.

## LE RÉSULTAT : RÉDUCTION DES DEMANDES?

Nous nous attendons à ce que moins de demandes d'immunité et de clémence soient soumises en 2019 et à l'avenir, en raison de l'incertitude accrue créée par les nouveaux processus d'immunité et de clémence, ainsi que de nombreuses tendances parallèles décrites plus loin, dont le risque accru de peine d'emprisonnement, l'inadmissibilité aux appels d'offres de travaux publics, les réclamations en dommages-intérêts toujours croissantes et les résultats variables du Bureau quant à l'obtention de déclarations de culpabilité au terme des poursuites intentées. En effet, malgré le laps de temps relativement court écoulé depuis que le Bureau a publié aux fins de consultation, en octobre 2017, un premier projet de politiques révisées en matière d'immunité et de clémence, on constate une réduction de près de 75 % du nombre de signets d'immunité accordés par le Bureau relativement à des cartels pour l'exercice terminé le 31 mars 2018, comparativement à l'exercice financier précédent (7 comparativement à 27). De plus, le Bureau n'a accordé qu'un seul signet d'immunité au cours du premier semestre de son exercice terminé le 31 mars 2019. De même, en ce qui concerne la clémence (par opposition à l'immunité), il convient de noter que le Bureau n'avait accordé que deux signets de clémence au cours des deux années et demie précédant le 30 septembre 2018<sup>1</sup>. Cela dit, le commissaire a récemment révélé que le Bureau s'attendait à ce que davantage de recommandations d'immunité et de clémence soient présentées au SPPC en matière de cartels, révélation qui laisse supposer que des signets supplémentaires pourraient être accordés<sup>2</sup>.

## Deuxième tendance : emploi de nouvelles méthodes aux fins des poursuites pour participation à un cartel

Comme s'il s'attendait à l'effet dissuasif des Programmes d'immunité et de clémence révisés sur l'autodéclaration de conduites associées à un cartel, le Bureau cultive tranquillement des méthodes autres que la clémence pour détecter et décourager ce type de conduite. Ces méthodes comprennent l'échange d'information avec les organismes publics canadiens, la sensibilisation des autorités publiques d'approvisionnement, l'utilisation d'algorithmes et de l'analytique pour examiner les données des offres afin de trouver des preuves de truquage, la création et la promotion de lignes de dénonciation et de mesures de protection pour les dénonciateurs, et l'augmentation des ressources affectées à la collecte de renseignements et à la sélection proactive des dossiers.

À ce jour, le Bureau a conclu des protocoles d'entente (les « PE ») ou des ententes de même nature avec 32 partenaires au Canada, dont des services de police (la Gendarmerie royale du Canada et la Police provinciale de l'Ontario), des autorités responsables de la surveillance des marchés publics (Services publics et Approvisionnement Canada, Construction de Défense Canada et l'Inspecteur général de la ville de Montréal) et des organismes de réglementation sectorielle (la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, la Commission de l'énergie de l'Ontario et la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité de l'Ontario). Selon le Bureau, les PE « favorisent l'établissement d'un cadre d'interaction, d'échange de renseignements, de coopération aux fins de l'application de la loi et de collaboration dans d'autres domaines d'intérêt mutuel ». Ces relations, qui contribuent à la détection de conduites associées à des cartels par le Bureau, sont d'autant plus importantes que, comme l'a récemment signalé un haut fonctionnaire

1 Voir le Rapport sur la mesure du rendement et les statistiques du Bureau de la concurrence pour la période se terminant le 30 septembre 2018, tableaux 2.0.11 et 2.0.12, en ligne au <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04300.html#sec04-1>. Les statistiques pour la période postérieure au 30 septembre 2018 ne sont pas disponibles.

2 Voir le discours prononcé par le commissaire de la concurrence, Matthew Boswell, à l'occasion de la conférence du printemps 2019 sur le droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (le 7 mai 2019), en ligne au <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2019/05/aucune-riviere-trop-vaste-ni-montagne-trop-haute--lapplication-de-la-loi-et-la-promotion-de-la-concurrence-a-lerc-numerique.html>.

## Il faudra voir si le Bureau peut demander des modifications législatives pour permettre le versement de récompenses pécuniaires afin d'inciter les dénonciateurs à se manifester.

du Bureau, le plus grand nombre d'enquêtes sur les cartels sont maintenant le résultat de renvois d'organismes gouvernementaux partenaires<sup>3</sup>.

En plus d'approfondir ses relations avec d'autres organismes pouvant posséder des renseignements d'intérêt pour ses enquêtes, le Bureau a mené de vastes actions d'information et de sensibilisation dans le but d'aider ces organismes et d'autres tiers (les autorités publiques d'approvisionnement et leurs clients, ainsi que les dénonciateurs, par exemple) à repérer et à signaler les éventuels truquages d'offres et participations à des cartels :

- le Bureau a déclaré avoir tenu 70 réunions avec des autorités de réglementation et des organismes canadiens au cours du seul premier semestre de son dernier exercice et avoir fait 27 présentations sur le truquage d'offres devant près de 1 400 participants externes au cours des 18 mois précédant le 30 septembre 2018<sup>4</sup>;
- le Bureau a mis au point des algorithmes permettant de passer au crible les données sur les offres électroniques dans le but de repérer des indices possibles de collusion tels que la variabilité des prix offerts ou l'écart entre les prix offerts et les estimations internes produites par les autorités publiques d'approvisionnement. Il a également dressé un document type à l'intention des autorités publiques d'approvisionnement qui exige que les soumissionnaires attestent l'indépendance de leurs soumissions et fournissent des renseignements pouvant aider à déceler une collusion possible entre les soumissionnaires;
- en 2017, le Bureau a créé une ligne réservée aux dénonciations et un formulaire en ligne lui permettant de recevoir des informations anonymes sur les cas de fraude, de collusion ou de corruption soupçonnés dans les marchés publics et les ententes immobilières du gouvernement fédéral. De plus, il mène périodiquement des actions de sensibilisation à l'égard des protections juridiques offertes aux dénonciateurs contre les représailles de la part des employeurs. Toutefois, malgré tous ces efforts, les statistiques publiées par le Bureau indiquent qu'aucun dénonciateur ne s'est manifesté pour participer à son programme à ce jour. Il faudra voir si le Bureau peut demander des modifications législatives pour permettre le versement de récompenses pécuniaires afin d'inciter les dénonciateurs à se manifester. Le versement de tels incitatifs est autorisé par certaines autorités de réglementation au Canada (la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, par exemple) et à l'étranger (au Royaume-Uni, par exemple, où les dénonciateurs peuvent recevoir jusqu'à 100 000 livres sterling en primes). Le Bureau examine ouvertement la question de savoir s'il convient de plaider pour l'utilisation de primes à l'appui de sa politique de dénonciation.

En plus de tout ce qui précède, le Bureau consacre davantage de ressources à ses capacités générales en matière de renseignement et de surveillance des marchés, y compris en vue de repérer les éventuels cartels. En juin 2018, M. Boswell, alors commissaire par intérim, avait estimé qu'environ la moitié des enquêtes du Bureau sur les cartels en cours à cette date avaient été lancées d'office plutôt qu'à la suite de demandes d'immunité ou de clémence. Comme nous l'avons mentionné plus haut, un autre fonctionnaire du Bureau a confirmé que ce sont les renvois de la part d'organismes gouvernementaux partenaires qui constituent la principale source

3 Remarques de Vicky Eatrises, sous-commissaire principale par intérim, Direction générale des cartels et des pratiques commerciales trompeuses, à l'occasion du quatrième forum annuel sur la lutte contre les cartels, intitulé « The State of Cross-Border Criminal and Cartel Enforcement: Enforcement Trends in the U.S. and Canada », le 21 mai 2019 à Washington, D.C.

4 Voir le Rapport sur la mesure du rendement et les statistiques du Bureau de la concurrence pour la période se terminant le 30 septembre 2018, *supra* note 1, tableaux 5.01, 5.02 et 7.08.

d'enquêtes sur les cartels. De plus, le commissaire a récemment annoncé que le Bureau avait créé une nouvelle Unité du renseignement criminel axée sur le renseignement tactique et stratégique au soutien d'une approche en matière d'application de la loi plus proactive ancrée dans le renseignement<sup>5</sup>. Dans le but de renforcer les capacités du Bureau en matière d'application de la loi, le personnel du Bureau a bénéficié d'une formation sur les enquêtes auprès des experts du Federal Bureau of Investigation des États-Unis.

## Troisième tendance : Multiplication des conséquences négatives des allégations de cartel

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les Programmes de clémence et d'immunité du Bureau sont peut-être déjà sous-utilisés en partie en raison de la corrélation de plus en plus asymétrique entre, d'une part, l'évitement d'une poursuite criminelle potentielle ou la réduction des amendes ou peines d'emprisonnement en découlant et, d'autre part, les coûts financiers et en ressources croissants d'une coopération avec le Bureau auxquels s'ajoute le risque de se voir imposer des dommages-intérêts et d'être inadmissible aux marchés publics. Nous ne prévoyons pas de rééquilibrage de cette corrélation dans un avenir rapproché, compte tenu d'éléments qui continuent d'évoluer, comme le risque persistant d'actions ultérieures en dommages-intérêts, le risque accru de peines d'emprisonnement pour conduite associée à un cartel, l'incertitude concernant les politiques d'inadmissibilité aux marchés publics et de poursuite suspendue et les résultats décevants du ministère public pour ce qui est des poursuites intentées dans les affaires de cartel avec l'appui de personnes ayant demandé l'immunité.

### **LES RECOURS COLLECTIFS EN MATIÈRE DE CONCURRENCE SONT COURANTS ET PEUVENT COMPRENDRE DES RÉCLAMATIONS CONSIDÉRABLEMENT ÉTENDUES**

Les recours collectifs en dommages-intérêts faisant suite à une allégation de conduite contraire aux dispositions criminelles de la Loi font depuis longtemps partie des mesures d'application utilisées au Canada, mais n'ont gagné du terrain que depuis que la Cour suprême du Canada (la « CSC ») a statué, en 2013, que les réclamations des acheteurs indirects pouvaient être autorisées dans le cadre d'un recours collectif. Cette décision a, entre autres, rétabli l'autorisation d'un recours collectif en matière de concurrence qu'avaient intenté des acheteurs indirects de logiciels Microsoft Windows et Office, qui s'est finalement soldé par un règlement aux termes duquel Microsoft s'est engagée à financer des indemnités, y compris les honoraires d'avocat, à concurrence de 517 millions de dollars, sous réserve d'un minimum de 312 millions de dollars<sup>6</sup>. L'ampleur de ce règlement s'appliquant à l'échelle du pays, qui a été approuvée par un tribunal de première instance de la Colombie-Britannique en novembre 2018, constitue un nouveau record en ce qui concerne les règlements d'actions privées en vertu de la Loi.

La CSC envisage maintenant d'étendre encore davantage le champ des recours collectifs acceptables intentés pour infractions présumées à la législation sur la concurrence. En décembre 2018, la CSC a entendu un appel dans l'affaire *Godfrey c. Sony Corporation*, dans lequel on lui demandait d'examiner si les « acheteurs sous parapluie » pouvaient exercer un recours de *common law* en plus de celui prévu par la loi relativement à un complot allégué de fixation des prix. Les acheteurs sous parapluie sont des acheteurs qui achètent leurs produits directement ou indirectement à des vendeurs ne participant pas au complot, mais qui prétendent néanmoins qu'on leur a imposé un prix majoré parce que la fixation des prix par les parties au complot a exercé une pression à la hausse sur le prix général du marché, et incité ainsi les vendeurs ne participant pas au complot

5 Voir le discours prononcé par le commissaire de la concurrence, Matthew Boswell, à l'occasion de la conférence du printemps 2019 sur le droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (le 7 mai 2019), *supra* note 2.

6 *Pro-Sys Consultants Ltd. v Microsoft Corporation*, 2018 BCSC 2091.

Comme les dossiers du Bureau en matière de lutte contre les cartels portent de plus en plus sur des comportements postérieurs à l'introduction des nouvelles règles sur les peines, il est probable que la sévérité des peines d'emprisonnement demandées et obtenues par le ministère public pour des infractions à la Loi augmentera considérablement.

à majorer eux aussi leurs prix. Il est prévu que la CSC fournira également des précisions sur un certain nombre d'autres questions fondamentales concernant les recours collectifs liés à la concurrence, dont l'obligation pour le demandeur de produire une méthode raisonnable pouvant confirmer le préjudice subi à l'échelle du groupe afin de remplir les critères préalables à l'autorisation s'appliquant dans la plupart des territoires du Canada, ainsi que la question de savoir si la Loi constitue un code complet en matière d'actions pour complot visant à fixer les prix, susceptible de remplacer les causes d'action pour complot de la *common law* dans ce type d'affaires.

Les demandeurs qui introduisent des recours collectifs bénéficient ces derniers temps d'un climat qui leur est favorable. Toutefois, il convient de prendre note de la décision du 17 avril 2019 de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Hughes v. Liquor Control Board of Ontario*, qui a confirmé l'octroi de dépens de 2,35 millions de dollars à des défendeurs dont la requête pour jugement sommaire a été accueillie par le tribunal. Dans cette affaire, la Cour a rejeté en totalité un recours collectif en droit de la concurrence au motif que les pratiques reprochées étaient le résultat d'une politique gouvernementale provinciale réfléchie, prise de longue date et confirmée récemment, et qu'elles étaient donc à l'abri de poursuite puisqu'elles ouvraient droit à la « défense fondée sur la conduite réglementée » qui fait partie du droit canadien depuis près de cent ans. Non seulement l'octroi de dépens importants dans cette affaire contribuera-t-il peut-être à réprimer les recours collectifs creux en matière de concurrence, du moins en Ontario, mais la décision de la Cour d'appel intègre aussi le principe de la défense fondée sur la conduite réglementée, conformément au précédent de contrôle, confirmant ainsi que la conduite bénéficiera d'immunité même si elle n'est pas expressément prescrite par une loi primaire ou secondaire précise, mais découle plutôt de façon implicite d'un organisme de réglementation.

### **LA PRISON FERME PLUS PROBABLE QUE JAMAIS POUR LES INFRACTIONS GRAVES ASSOCIÉES À UN CARTEL**

Par suite des modifications apportées au *Code criminel* en 2012, une personne reconnue coupable et condamnée à une peine d'emprisonnement en vertu des dispositions actuelles de la Loi concernant le complot criminel, le truquage des offres et certaines pratiques commerciales trompeuses ne peut plus purger sa peine dans la collectivité. Avant ces modifications, une peine avec sursis (ou détention à domicile) pouvait être imposée lorsqu'une infraction (comme celle de cartel prévue par la Loi) n'était pas punissable d'une peine minimale obligatoire et que le tribunal avait imposé une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Jusqu'à présent, ce sont les peines avec sursis qui ont le plus souvent été imposées pour les infractions à la Loi associées à un cartel. Toutefois, comme les dossiers du Bureau en matière de lutte contre les cartels portent de plus en plus sur des comportements postérieurs à l'introduction des nouvelles règles sur les peines, il est probable que la sévérité des peines d'emprisonnement demandées et obtenues par le ministère public pour des infractions à la Loi augmentera considérablement. Notons également que les personnes reconnues coupables de participation à un cartel ou de truquage d'offres selon la Loi sont passibles d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 14 ans. Cette peine compte parmi les peines les plus longues prévues par les régimes mondiaux de réglementation de la concurrence.

À cet égard, le Bureau continue d'affirmer avec force que les particuliers doivent être tenus responsables de toute conduite associée à un cartel criminel. Les statistiques du Bureau sur l'application de la loi confirment dans une certaine mesure ce point de vue, neuf personnes ayant été condamnées à des peines représentant

au total 95 mois d'emprisonnement (y compris les peines purgées dans la collectivité) pour des infractions associées à des cartels au cours des cinq dernières années<sup>7</sup>.

Le Bureau a également attiré l'attention sur une décision récente de la Cour d'appel du Québec<sup>8</sup> qui souligne la nécessité d'imposer des peines sévères dans les affaires de cartel, laissant entendre qu'il pourrait à l'avenir demander des peines d'emprisonnement plus longues pour les infractions en matière de concurrence. Dans cette affaire, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et imposé des peines d'emprisonnement allant de 18 à 36 mois à trois personnes qui avaient agi de collusion pour obtenir des contrats de travaux publics représentant plus de 15 millions de dollars. La Cour a statué que le juge de première instance avait, à tort, minimisé la gravité des crimes, qui ne constituaient pas des infractions à la Loi, mais bien des infractions de fraude, de complot pour fraude et de fabrication de faux selon le *Code criminel*. Parmi les facteurs aggravants retenus par la Cour se trouvaient l'ingérence dans les marchés publics et l'appropriation de fonds des contribuables. Fait à souligner, même si deux des trois peines étaient d'une durée inférieure à deux ans et que la conduite fautive était antérieure à la modification susmentionnée du *Code criminel*, la Cour d'appel a annulé les peines avec sursis imposées par le juge de première instance et a exigé que chacune des personnes purge sa peine en prison, plutôt que dans la collectivité.

À certains égards, la possibilité d'une peine d'emprisonnement ferme accroît les avantages de l'obtention de l'*immunité*; toutefois, les personnes qui plaident coupables dans le cadre d'un accord de *clémence* ou qui sont accusées par la suite en application d'une entente de coopération intervenue entre leur organisation et le Bureau courent des risques accrus qui pourraient les inciter à contester les accusations, situation susceptible d'entraîner de longues procédures pénales publiques découlant d'accords de clémence ou d'immunité.

## **INADMISSIBILITÉ AUX MARCHÉS PUBLICS – LE NOUVEAU RÉGIME D'ACCORDS DE POURSUITE SUSPENDUE NE S'APPLIQUE PAS AUX INFRACTIONS À LA LOI SUR LA CONCURRENCE**

Aux yeux des entreprises qui font régulièrement des affaires avec des entités publiques au Canada, l'inadmissibilité aux marchés publics fait aussi partie des conséquences – potentiellement catastrophiques – d'une déclaration de culpabilité pour participation à un cartel ou pour certaines autres infractions prévues par la Loi. Adopté en novembre 2012, le régime d'intégrité du gouvernement canadien a connu depuis plusieurs moutures, en partie en réponse à des critiques fondées, entre autres, sur la gravité de ses dispositions d'inadmissibilité et sur les critères utilisés pour déterminer l'inadmissibilité.

Selon la version actuelle du régime d'intégrité, les fournisseurs reconnus coupables de certaines conduites criminelles selon la Loi, dont la participation à un cartel, le truquage d'une offre ou une pratique commerciale trompeuse (entre autres infractions fédérales) sont automatiquement déclarés inadmissibles aux marchés publics pendant dix ans, sous réserve de la possibilité d'obtenir une réduction pouvant aller jusqu'à cinq ans aux termes d'une « entente administrative » négociée avec Services publics et Approvisionnement Canada (« SPAC ») si le fournisseur peut démontrer qu'il a coopéré avec les autorités policières ou a pris les mesures correctives nécessaires pour remédier à la conduite ayant entraîné son inadmissibilité<sup>9</sup>. De plus, SPAC peut, à sa discrétion, déclarer un fournisseur inadmissible pour une période de dix ans si celui-ci est reconnu

7 Voir le Rapport sur la mesure du rendement et les statistiques du Bureau de la concurrence pour la période se terminant le 30 septembre 2018, *supra* note 2, tableaux 2.3.11 et 2.3.13. De plus, depuis le 30 septembre 2018, deux personnes (incluses dans le total indiqué ci-dessus) ont plaidé coupables et reçu des peines de 12 et 18 mois (à purger dans la collectivité) pour des infractions associées au truquage d'offres..

8 *R v Fedele*, 2018 CAQ 1901.

9 Des modifications proposées au régime d'intégrité, publiées à l'automne 2018, ajouteraient davantage de souplesse au régime afin de réduire, par l'entremise d'ententes administratives, la période d'inadmissibilité, mais elles n'ont pas été apportées et leur adoption demeure incertaine.

Deux règlements récemment conclus à la suite d'accusations de truquage d'offres, malgré l'absence de plaidoyer de culpabilité ou de déclaration de culpabilité, laissent supposer que les procureurs canadiens sont peut-être bien conscients de la question de l'inadmissibilité potentiellement inconditionnelle et irrémédiable des sociétés accusées d'infractions à la *Loi sur la concurrence*.

coupable d'infractions semblables à l'extérieur du Canada ou s'il est directement impliqué dans la perpétration, par une société de son groupe, d'infractions semblables à la Loi ou à une loi étrangère. De plus, SPAC peut suspendre un fournisseur pendant 18 mois s'il a été accusé d'une telle infraction ou s'il admet sa culpabilité à l'égard d'une telle infraction au Canada ou à l'étranger.

Malgré l'adoption, en septembre 2018, d'un régime d'accords de poursuite suspendue (l'« APS ») (aussi appelés « accords de réparation ») qui visait, en partie, à contrer les effets négatifs potentiellement disproportionnés d'une déclaration de culpabilité pour les parties innocentes (les employés ou clients, par exemple), en plus des auteurs des actes, les APS ne sont pas offerts aux sociétés accusées d'infractions en matière de concurrence visées par la Loi. Selon le régime d'APS, le ministère public peut accorder l'amnistie à une société en échange de son engagement à respecter certaines conditions, le respect de celles-ci entraînant le retrait des accusations (et la prévention d'une déclaration de culpabilité) à l'expiration de l'APS. Certaines des conditions les plus courantes sont l'admission de la responsabilité, le paiement de pénalités financières ou de réparations, l'obligation de revoir les politiques et les pratiques de la société et la pleine coopération avec les autorités aux fins de l'enquête. Bien que les sociétés accusées d'infractions (comme la fraude et la corruption) pouvant entraîner leur inadmissibilité aux marchés publics selon le régime d'intégrité puissent bénéficier des APS, il est difficile de comprendre pourquoi le nouveau régime n'est pas offert aux sociétés accusées, en vertu de la Loi, de participation à un cartel ou de truquage d'offres.

Cette approche contraste avec les régimes d'APS d'autres pays, comme les États-Unis, où les APS peuvent être utilisés dans les cas d'infraction à la législation antitrust. Ainsi, le ministère de la Justice des États-Unis a récemment annoncé la conclusion d'un APS avec un fabricant de médicaments génériques accusé de collusion en vue de fixer les prix, de truquer les offres et d'attribuer les clients d'un médicament utilisé pour traiter le diabète. Dans son communiqué, le ministère de la Justice a noté que l'un des facteurs qui avaient contribué à la conclusion de l'APS était qu'une [TRADUCTION] « déclaration de culpabilité (y compris un plaidoyer de culpabilité) entraînerait probablement [...] une exclusion obligatoire de [la société] de tous les programmes fédéraux de soins de santé pendant au moins cinq ans, exclusion qui aurait des conséquences importantes, notamment pour les consommateurs américains »<sup>10</sup>.

Au Canada, il se peut que le gouvernement ait considéré que la fonction du régime d'APS, pour ce qui est du droit de la concurrence, était déjà assurée (et de façon plus appropriée) par les Programmes d'immunité et de clémence du Bureau. Toutefois, deux règlements récemment conclus à la suite d'accusations de truquage d'offres, malgré l'absence de plaidoyer de culpabilité ou de déclaration de culpabilité, laissent supposer que les procureurs canadiens sont peut-être bien conscients de la question de l'inadmissibilité potentiellement inconditionnelle et irrémédiable des sociétés accusées d'infractions à la *Loi sur la concurrence*<sup>11</sup>. Selon les

10 Voir <https://www.justice.gov/opa/pr/pharmaceutical-company-admits-price-fixing-violation-antitrust-law-resolves-related-false> (disponible en anglais seulement).

11 Voir, par exemple, <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2019/03/une-firme-dingenierie-devra-payer-4-millions-de-dollars-a-la-suite-dun-reglement-lie-a-des-truquages-doffres-au-quebec.html> et <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2019/02/dessau-payera-19million-de-dollars-a-la-suite-dun-reglement-lie-a-des-truquages-doffres-pour-des-contrats-publics-au-quebec.html>.

documents judiciaires, parmi les éléments ayant milité en faveur des règlements, qui ne comportaient que des amendes et des ordonnances d'interdiction<sup>12</sup>, on comptait la participation des parties accusées à un programme de remboursement volontaire établi par le Québec leur permettant de rembourser les sommes que des organismes publics avaient dû payer, à tort, dans le cadre d'un appel d'offres ou de l'attribution ou de la gestion d'un marché public. Reste à voir si SPAC sera prêt ou non à conclure à l'avenir des règlements semblables, sans qu'il y ait déclaration de culpabilité, dans des affaires de cartel<sup>13</sup>, mais le spectre persistant de l'inadmissibilité est un autre facteur qui pourrait réduire l'attrait des demandes de clémence auprès du Bureau et inciter les défendeurs à contester les accusations de participation à un cartel.

## **L'EXISTENCE D'INFORMATEURS NE PERMET PAS DE PRÉDIRE LE SUCCÈS D'UNE POURSUITE**

Même si le Bureau a obtenu un nombre respectable de déclarations de culpabilité dans des affaires de cartel et de truquage d'offres au fil des ans, la grande majorité d'entre elles faisaient suite à un plaidoyer de culpabilité de parties qui avaient coopéré avec le Bureau dans le cadre du Programme de clémence. Cependant, ces derniers temps, plusieurs parties ont décidé de contester les accusations dont elles étaient l'objet et de contraindre le Bureau à en faire la preuve, entraînant des défaites notables pour le Bureau. Ces affaires comprennent, notamment, la décision du ministère public de suspendre les poursuites contre des participants présumés à un cartel dans le secteur de la confiserie et un verdict acquittant les défendeurs de plus de 60 accusations associées à un stratagème présumé de truquage d'offres visant des contrats publics de fourniture de services de TI. Dans chacun de ces cas, le Bureau avait l'avantage d'avoir un demandeur d'immunité et avait obtenu des plaidoyers de culpabilité et des sanctions contre les coaccusés ayant coopéré avec lui conformément à son Programme de clémence.

De plus, en novembre 2017, un juge de la Cour supérieure du Québec a acquitté une personne accusée de truquage d'offres visant des services de ventilation malgré le témoignage de deux témoins de la Couronne ayant convenu de coopérer conformément à une transaction pénale pour la même conduite et ayant affirmé s'être entendues avec l'accusé au sujet du stratagème dans un restaurant local<sup>14</sup>. Entre autres conclusions défavorables dans cette affaire, la Cour a préféré les éléments de preuve de l'accusé (qui a témoigné en sa propre défense) à ceux de ses présumés complices, qu'elle a estimés imprécis, inconséquents et souvent incohérents. De plus, la Cour a noté que l'un des témoins coopérants avait inexplicablement détruit des dossiers contemporains ainsi que des ébauches du sommaire de ses dépositions.

Ces affaires nous rappellent que l'existence de plaidoyers de culpabilité et de témoins coopérants ne permet pas nécessairement de prédire le succès d'une poursuite contre les autres parties accusées d'infraction criminelle au droit de la concurrence. Dans chaque cas, la cohérence de la thèse du ministère public concernant le dossier, la qualité de la preuve et, en particulier, la crédibilité et la fiabilité des témoins (y compris l'accusé, s'il témoigne) demeurent des facteurs essentiels. Ces affaires et d'autres affaires semblables ne sont probablement pas étrangères non plus aux révisions qu'a récemment apportées le Bureau à ses Programmes de clémence et d'immunité afin de rendre les demandeurs davantage responsables de la présentation, en temps opportun, de preuves fiables au Bureau; toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, ces révisions risquent elles-mêmes de dissuader les parties de demander la clémence dans certaines circonstances.

12 L'une des ordonnances exigeait également l'adoption et le maintien d'un programme de conformité à la *Loi sur la concurrence*.

13 Le pouvoir discrétionnaire de conclure ou non un tel règlement dans un cas particulier revient à SPAC, mais il serait raisonnable que SPAC consulte le Bureau à cet égard. En ce qui concerne les positions possibles du Bureau sur la question, il convient de noter que les communiqués du Bureau annonçant ces règlements n'indiquaient pas spécifiquement le fait que les règlements étaient fondés sur des ordonnances d'interdiction sans déclaration de culpabilité.

14 Voir R. c. *Rousseau*, 2018 CSQ 640.

# DAVIES

Pour de plus amples renseignements, veuillez vous adresser à :



**John Bodrug**  
[jbodrug@dwpv.com](mailto:jbodrug@dwpv.com)  
416.863.5576



**Charles Tingley**  
[ctingley@dwpv.com](mailto:ctingley@dwpv.com)  
416.367.6963



**Léon Moubayed**  
[lmoubayed@dwpv.com](mailto:lmoubayed@dwpv.com)  
514.841.6461

## MONTRÉAL

1501, avenue McGill College  
Montréal, QC Canada  
H3A 3N9  
514.841.6400

## TORONTO

155 Wellington Street West  
Toronto ON Canada  
M5V 3J7  
416.863.0900

## NEW YORK

900 Third Avenue  
New York NY U.S.A. 10022  
212.588.5500