



Application de la législation criminelle en matière de concurrence au Canada

Rétrospective 2016

Par Christopher Naudie et Shuli Rodal

OSLER

Table des matières

1. Introduction	3
2. Les travaux du Bureau relatifs à l'application de la loi	5
3. Les efforts d'application de la loi du Bureau contre des particuliers	9
4. Le Bureau participe à la négociation d'un plaidoyer tout à fait nouveau	12
5. Les condamnations du Bureau dans le complot de fixation du prix de détail de l'essence sont confirmées	14
6. La demande d'immunité testimoniale du Bureau est soumise à la Cour suprême du Canada	16
7. La coopération « sans précédent » du Bureau avec le département de la Justice des États-Unis	18
8. Conclusion	20



Introduction

En 2016, le commissaire de la concurrence a poursuivi avec énergie ses activités d'application de la loi en ce qui concerne les infractions criminelles au Canada. La Direction générale des cartels a perçu des amendes totalisant quelque 13,4 millions de dollars canadiens pour des infractions de cartel et de truquage d'offres, comparativement au montant relativement modeste de 2,9 millions de dollars canadiens reçu en 2015. Le commissaire a obtenu une décision d'appel qui a confirmé les condamnations dans le complot de fixation du prix de détail de l'essence, en plus d'imposer la deuxième amende en importance pour une infraction de truquage d'offres au Canada dans le cadre de son enquête en cours sur le secteur des pièces d'automobiles. En plus de ces succès devant les tribunaux, le commissaire a intensifié sa coopération avec le département de la Justice des États-Unis en menant une enquête coordonnée qui a permis de condamner Nishikawa Rubber à une amende importante aux États-Unis. Enfin, le commissaire a démontré son rôle de leadership au sein du réseau mondial des organismes d'application du droit de la concurrence en annonçant que le Bureau de la concurrence accueillerait l'atelier international sur les cartels du Réseau international de la concurrence (RIC) à Ottawa en 2017.

Selon certains observateurs, le commissaire a semblé chercher à retrouver ses lettres de noblesse en matière d'application de la loi après une année difficile devant les tribunaux en 2015. En 2015, malgré les énormes ressources d'enquête investies, le commissaire n'a pas pu obtenir de condamnation dans deux affaires pénales hautement médiatisées. Dans *R. c. Durward*, à la suite d'une enquête de la Direction générale des cartels qui s'est étendue sur dix ans et d'un procès qui a duré huit mois portant sur des allégations de truquage d'offres dans le secteur des services de technologie, le jury a rendu un verdict d'acquittement à l'égard de tous les chefs d'accusation. Dans *R. c. Nestlé*, après une enquête qui a duré huit ans sur des allégations de fixation des prix par des fabricants de chocolat,

la Couronne a suspendu unilatéralement toutes les accusations restantes. Dans ces deux affaires très médiatisées, la Direction générale des cartels avait mené l'enquête sous-jacente et recommandé d'intenter des poursuites, mais la Couronne n'a pu obtenir de condamnation dans les deux cas.

À en juger par ses résultats en matière d'application de la loi en 2016, le commissaire semble avoir atteint en partie cet objectif. Toutefois, le commissaire n'a pas annoncé de nouvelles enquêtes importantes relatives à des activités de cartel au pays ou à l'étranger, et le montant élevé des amendes perçues en 2016 est principalement attribuable à un seul plaidoyer de truquage des offres dans l'affaire des pièces d'automobiles. De plus, selon ses données publiées sur l'application de la loi, le commissaire a connu une baisse graduelle du nombre de demandes de signets d'immunité et de signets de clémence, et il n'a signalé aucune prise de contact de dénonciateurs en 2016. Malgré l'absence de données concrètes à ce sujet, certains observateurs estiment que les incitatifs à déclarer une conduite criminelle potentielle ont diminué à la suite des affaires *R. c. Durward* et *R. c. Nestlé*, surtout à en juger par l'attitude agressive de la Couronne et ses ordonnances de communication adressées au demandeur d'immunité du Bureau. Et bien que le commissaire ait publiquement annoncé son intention de revoir ses programmes d'immunité et de clémence à la suite de ces affaires, aucun processus de consultation n'a été entamé depuis cette annonce du commissaire en décembre 2015.

Dans notre rapport annuel sur l'application des règles antitrust au Canada, nous examinons ces faits nouveaux importants dans le cadre de notre étude de l'ensemble des principales enquêtes menées par le commissaire et des poursuites intentées par le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC). Nous nous penchons également sur les principales décisions judiciaires de 2016 et examinons leurs incidences sur les enquêtes nationales et internationales relatives à la fixation des prix. Nous étudions également les plus récentes déclarations publiques du commissaire concernant l'application des dispositions pénales de la *Loi sur la concurrence* et faisons ressortir un certain nombre de domaines où l'on peut s'attendre à une évolution en 2017.

2

Les travaux du Bureau relatifs à l'application de la loi

Le commissaire continue d'avoir un nombre élevé d'enquêtes en cours au Canada. Dans son plus récent rapport trimestriel de décembre 2016, le commissaire a indiqué que le Bureau menait activement 133 enquêtes, ce qui représente une légère augmentation par rapport à 2015-2016 et 2014-2015¹. Le commissaire a aussi indiqué que 50 de ces enquêtes avaient été entamées au cours des trois premiers trimestres de déclaration de 2016, tandis que 38 ont été terminées, ce qui dénote une modeste augmentation des travaux d'enquête au Bureau.

Ces chiffres combinés comprennent toutefois les enquêtes criminelles et civiles, et il semble que seule une partie de ces dossiers donne lieu à des enquêtes criminelles. Pendant ces trois premières périodes de déclaration, le commissaire n'a pas obtenu de mandats de perquisition et n'a signalé aucune prise de contact de dénonciateurs. Le commissaire a cependant signalé une légère intensification de l'octroi de signets d'immunité et de signets de clémence. Depuis le début de l'année, le commissaire a indiqué avoir accordé 26 signets d'immunité et 1 signet de clémence. À titre de comparaison, le commissaire avait accordé 31 signets d'immunité en 2015-2016 et 20 en 2014-2015. Fait intéressant, le commissaire a indiqué avoir accordé 16 signets d'immunité au troisième trimestre de 2016, un nombre anormalement élevé pour un seul trimestre selon les tendances historiques.

Toutefois, parmi les signets en suspens, très peu semblent s'être soldés par un renvoi au SPPC. Au cours de ces trois premières périodes de déclaration, le commissaire n'a fait que deux recommandations au SPPC concernant l'octroi réel de l'immunité. Pendant cette même période, le commissaire n'a renvoyé aucune enquête criminelle au SPPC. Le commissaire a toutefois signalé que le Bureau attendait toujours une décision dans six enquêtes (le renvoi a eu lieu

¹ Ces chiffres sur les enquêtes figurent dans le Rapport trimestriel sur les statistiques du Bureau de la concurrence pour la période se terminant le 31 décembre 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04129.html>). Le Bureau de la concurrence présente ses chiffres d'enquête en fonction d'une année de déclaration prenant fin le 30 mars-1^{er} avril.



en 2015-2016 ou au cours de périodes antérieures, mais le SPPC n'a encore rendu aucune décision). Cependant, on ignore si ces affaires se traduiront par l'octroi de l'immunité ou le dépôt de poursuites.

Les travaux relatifs à l'application de la loi à la Direction générale des cartels ont semblé se concentrer sur l'enquête en cours du commissaire sur les allégations de fixation des prix et de truquage des offres dans le secteur des pièces d'automobiles, comme c'est le cas depuis quelques années. Depuis 2009, les organismes de réglementation internationaux enquêtent sur des allégations de truquage des offres dans la fixation des prix de certaines pièces d'automobiles, notamment des systèmes de sécurité comme les ceintures, les coussins gonflables, les volants et les systèmes de freinage antiblocage, ainsi que des pièces cruciales comme du caoutchouc antivibrant, des blocs de tableau de bord, des moteurs de

démarrage et des faisceaux de câbles. À ce jour, le département de la Justice des États-Unis a porté des accusations contre 47 sociétés et 65 particuliers et obtenu pour plus de 2,9 milliards de dollars américains en amendes.

Compte tenu de l'importance du secteur de l'automobile au Canada, le commissaire poursuit sa propre enquête sur la fixation des prix des mêmes produits qui peuvent avoir touché les consommateurs canadiens. Jusqu'ici, depuis le début de son enquête en 2009, le commissaire a accordé plus de 200 signets d'immunité et signets de clémence à plus d'une douzaine de parties coopérantes. Le commissaire a également obtenu neuf plaidoyers de culpabilité et plus de 70 millions de dollars canadiens en amendes à l'égard d'un certain nombre de produits différents. Le nombre de plaidoyers semble toutefois diminuer progressivement. En 2013, la Direction générale des cartels a obtenu trois plaidoyers, suivis de quatre en 2014 et d'un seul en 2015. En 2016, le commissaire n'a obtenu qu'un plaidoyer de plus, mais d'une ampleur et d'une importance pratiquement jamais vues.

Plus particulièrement, en avril 2016, Showa Corporation a plaidé coupable à une infraction au Canada en raison de sa participation à un complot international relatif à des directions à assistance électrique, et accepté de payer une amende de 13 millions de dollars canadiens². Il s'agit de la deuxième amende en importance imposée par le commissaire dans le cadre de son enquête en cours sur le secteur des pièces d'automobiles. C'est aussi la deuxième amende en importance que le commissaire a imposée dans le domaine du truquage des offres. En effet, selon des normes internationales, l'ampleur du plaidoyer de Showa au Canada est tout à fait exceptionnelle. En avril 2014, Showa a plaidé coupable aux États-Unis à une infraction en vertu de la *Sherman Act* et versé une amende de 19,9 millions de dollars américains. Après correction pour tenir compte des différences de change, l'amende de Showa au Canada s'est établie à environ 50 % du montant imposé aux États-Unis. Bien que le volume des activités de Showa au Canada n'ait pas été rendu public, l'amende imposée à Showa est étonnamment élevée selon des normes historiques, surtout lorsqu'on la mesure à l'aune de la taille relative des économies américaine et canadienne.

En revanche, le commissaire n'a obtenu qu'un faible nombre de plaidoyers relativement modestes dans le cadre de ses travaux nationaux d'application de la loi en 2016. L'an dernier, le commissaire a obtenu cinq plaidoyers dans des affaires pénales nationales : un plaidoyer dans une affaire de marketing trompeur liée à des fournitures de bureau, quatre plaidoyers relatifs à des infractions de truquage des offres ou de complot liées à divers projets dans le secteur de la construction et des infrastructures, et un plaidoyer relatif à une infraction de truquage des offres et de complot liée à la prestation de services de TI au gouvernement fédéral³. Ces plaidoyers concernaient tous des marchés ou des projets modestes ou moyennement importants et se sont soldés par des amendes totalisant 378 000 dollars canadiens. La sanction la plus importante que le commissaire ait obtenue en 2016 a découlé d'une longue enquête dans le domaine de la construction résidentielle à Montréal. En 2005, après avoir reçu

En 2016, le commissaire n'a obtenu qu'un plaidoyer de plus, mais d'une ampleur et d'une importance pratiquement jamais vues.

2 Communiqué du Bureau de la concurrence, « Une entreprise japonaise de pièces d'automobiles condamnée à une amende de 13 millions de dollars en raison de sa participation à un complot de truquage des offres », daté du 1^{er} avril 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04058.html>).

3 Bureau de la concurrence, Sanctions imposées par les tribunaux, 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01863.html>).

des informations de la part d'un ancien employé de l'un des soumissionnaires, le commissaire a commencé à enquêter sur le truquage des offres dans le domaine de la construction résidentielle à Montréal. En 2010, au terme d'une enquête qui a duré cinq ans, le commissaire a annoncé le dépôt d'accusations criminelles contre huit entreprises et cinq personnes. Jusqu'à maintenant, deux de ces entreprises et une personne ont plaidé coupable, et le commissaire a perçu des amendes totalisant 565 000 dollars canadiens. Dans le plus récent plaidoyer, une entreprise de ventilation québécoise, Les Entreprises de ventilation Climasol, a plaidé coupable à l'infraction de truquage des offres et s'est vu infliger une amende de 130 000 dollars canadiens. Le président de Climasol, Roch Raby, a également plaidé coupable à une infraction et convenu de payer une amende de 10 000 dollars canadiens⁴.

Dans l'ensemble, les travaux d'application de la loi du commissaire ont entraîné moins de plaidoyers et des amendes et des sanctions moins élevées qu'au cours des dernières années. Le commissaire a obtenu cinq plaidoyers de culpabilité dans des affaires pénales nationales et un plaidoyer dans une affaire de cartel international, par rapport aux 12 plaidoyers obtenus en 2015-2016. De plus, comme il est mentionné ci-dessus, le commissaire a obtenu des amendes totalisant 378 000 dollars canadiens dans des affaires nationales en 2016. À titre de comparaison, dans des affaires nationales d'application de la loi, le commissaire avait obtenu des condamnations ou des plaidoyers d'environ 1,2 million de dollars canadiens en 2015, de 164 000 dollars canadiens en 2014 et de 4,1 millions de dollars canadiens en 2013⁵.

4 Communiqué du Bureau de la concurrence, « Un stratagème de truquage des offres donne lieu à des amendes de 140 000 dollars pour une société québécoise et son président », daté du 14 mars 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04042.html>).

5 Voir, à titre de comparaison, Bureau de la concurrence, Sanctions imposées par les tribunaux – 2015 et 2014 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01863.html>).

3

Les efforts d'application de la loi du Bureau contre des particuliers

Les mesures d'application de la loi prises par le Bureau contre des particuliers ont suscité de vives discussions au Canada, surtout dans le contexte d'une évolution parallèle aux États-Unis. En septembre 2015, le département de la Justice a publié une importante directive d'application de la loi à l'intention des procureurs fédéraux (le « mémo Yates ») soulignant l'importance de faire en sorte « que les personnes responsables de la conduite illicite de la société rendent des comptes à cet égard », et ce, dans tous les domaines du droit. Dans un discours séparé prononcé en février 2016, le sous-procureur général adjoint Brent Snyder a fait remarquer que, conformément au mémo Yates, la division antitrust des États-Unis « estime que les peines d'emprisonnement imposées aux particuliers constituent le moyen de dissuasion le plus efficace contre “la collusion et la tentation de profiter du système” »⁶. Il a ajouté que, depuis quelques années, la division antitrust poursuivait un nombre croissant de particuliers relativement à des sociétés visées par des poursuites (plus de 350 particuliers ont été poursuivis au cours des cinq dernières années) et que la durée des peines était en hausse (la peine moyenne s'établissait à 24 mois entre 2010 et 2015).

Par opposition, le commissaire et le SPPC n'ont pas invoqué l'outil de l'incarcération avec la même vigueur que leur homologue aux États-Unis. En effet, il est rare que des tribunaux canadiens imposent une peine d'emprisonnement à un individu condamné en vertu des dispositions sur les complots et les truquages des offres de la *Loi sur la concurrence* (la *Loi*). Dans les rares cas où cela s'est

⁶ Voir U.S. Department of Justice, Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Yale Global Antitrust Enforcement Conference, daté du 19 février 2016 (publié à l'adresse <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-yale-global-antitrust>).

produit, les tribunaux ont souvent utilisé une combinaison de peines de probation et de peines d'emprisonnement avec sursis (soit des peines non privatives de liberté pouvant être purgées dans la communauté, à certaines conditions).

Cependant, à la suite des modifications apportées à la *Loi* en 2009, le Parlement du Canada a sensiblement augmenté les peines d'emprisonnement potentielles pour des agissements anticoncurrentiels criminels. Pour une infraction en vertu des dispositions sur les complots, l'amende maximale en vertu de la *Loi* est passée de 10 millions à 25 millions de dollars canadiens, tandis que la peine d'emprisonnement maximale est passée de 5 à 14 ans. Pour une infraction en vertu des dispositions sur le truquage des offres, la peine d'emprisonnement a également augmenté, passant de 5 à 14 ans. Devant l'augmentation des sanctions imposées par le Parlement (elles ont presque triplé) et l'objectif de « responsabilité individuelle » énoncé par les organismes américains d'application du droit antitrust, nombre d'observateurs s'attendaient à ce que le commissaire et le SPPC préconisent de plus en plus l'incarcération dans les affaires d'antitrust.

Depuis ces modifications, certains signes laissent penser que le commissaire cherche à imposer des sanctions plus strictes contre les particuliers. Par exemple, à la suite de l'enquête du commissaire sur le complot de fixation du prix de détail de l'essence au Québec, le SPPC a déposé des accusations contre 39 personnes et 15 entreprises relativement à des allégations de fixation du prix de l'essence dans quatre marchés locaux au Québec. Depuis le dépôt des premières accusations en 2008, 33 personnes et 7 entreprises ont soit plaidé coupable soit été déclarées coupables. Sur les 33 personnes qui ont plaidé coupable ou été déclarées coupables, 6 ont été condamnées à des peines d'emprisonnement de 54 mois⁷. Le commissaire a également imposé des peines d'emprisonnement importantes dans des affaires de marketing trompeur au Canada. Par exemple, dans le cadre d'un dossier notable en 2009, le promoteur d'un stratagème de revente de loterie a plaidé coupable à une infraction en vertu des dispositions sur le marketing de masse de la *Loi* et été condamné à une peine d'emprisonnement d'un an avec sursis combinée à 18 mois de probation⁸. En 2014, le propriétaire d'une entreprise de répertoires en ligne a plaidé coupable à une infraction en vertu des dispositions sur le marketing trompeur de la *Loi* et été condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois⁹.

Toutefois, si l'on fait abstraction de ces affaires, les peines d'emprisonnement importantes imposées à des particuliers pour des infractions de complot criminel ou de truquage des offres au Canada demeurent un fait rare. Dans les affaires survenues depuis 2009 où le commissaire a conclu une transaction pénale avec un particulier, les peines comprenaient généralement l'imposition d'une amende, souvent combinée à une ordonnance d'interdiction ou à du service communautaire. De plus, dans les affaires qui se sont soldées par des sanctions plus sévères, le commissaire et le SPPC ont continué de consentir à des plaidoyers comprenant

... à la suite des modifications apportées à la *Loi* en 2009, le Parlement du Canada a sensiblement augmenté les peines d'emprisonnement potentielles pour des agissements anticoncurrentiels criminels.

7 Communiqué du Bureau de la concurrence, « Les Pétroles Global Inc. écopent d'une amende de 1 M\$ pour la fixation du prix de l'essence au Québec », daté du 17 avril 2015 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/o3908.html>).

8 Communiqué du Bureau de la concurrence, « Un homme écope d'une amende record de 2 millions de dollars relativement à du publipostage direct », daté du 28 août 2009 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/o3117.html>).

9 Communiqué du Bureau de la concurrence, « Un individu condamné à 18 mois de prison pour télémarketing trompeur », daté du 27 mai 2014 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/o3722.html>).

des peines d'emprisonnement avec sursis. Même lorsque le SPPC a demandé des peines d'emprisonnement, les tribunaux ont imposé des peines qui se mesuraient en mois plutôt qu'en années.

Ces tendances générales se reflètent dans les travaux récents du commissaire relatifs à l'application de la loi en 2016. L'an dernier, le commissaire a obtenu des sanctions contre trois personnes seulement pour des infractions aux dispositions pénales de la *Loi*, et aucune de ces sanctions n'incluait de temps dans un établissement correctionnel. D'abord, en mars 2016, le président d'une entreprise de ventilation (Climasol) a plaidé coupable à une infraction de truquage des offres et s'est vu infliger une amende de 10 000 dollars canadiens¹⁰. Ensuite, en août 2016, le directeur d'une entreprise de TI a plaidé coupable à une infraction de truquage des offres, recevant une amende de 20 000 dollars canadiens, d'une peine d'emprisonnement de 18 mois avec sursis (à purger en détention à domicile pendant les six premiers mois) et de 90 heures de service communautaire¹¹. Enfin, en octobre 2016, le directeur d'une entreprise de télémarketing a plaidé coupable à une infraction de télémarketing trompeur et s'est vu infliger une peine d'emprisonnement de 16 mois (8 mois en détention à domicile et 8 mois sous couvre-feu) ainsi qu'une peine avec sursis de deux ans¹².

On peut difficilement dégager une tendance de ce petit nombre d'affaires, mais on peut dire que, jusqu'ici, le commissaire n'a pas adopté le ton et la teneur du mémo Yates dans ses mesures d'application de la loi ou ses déclarations publiques au Canada. Dans les affaires d'antitrust au Canada, la peine d'emprisonnement n'est tout simplement pas utilisée avec le même degré et la même fréquence qu'aux États-Unis. En effet, dans ses discours et déclarations publiques, le commissaire semble s'être gardé systématiquement de commenter le mémo Yates ou d'établir de quelconques parallèles avec le Canada.

Toutefois, l'approche du commissaire vis-à-vis des peines individuelles évoluera sans doute à la suite d'une modification législative au Canada. En mars 2012, le gouvernement conservateur a adopté un projet de loi omnibus sur la justice criminelle (le projet de loi C-10) qui a mis en place d'importants changements dans le droit criminel canadien, notamment des modifications qui éliminent le pouvoir discrétionnaire des juges d'imposer des peines d'emprisonnement avec sursis à des personnes condamnées pour un crime passible d'une peine maximale de 14 ans ou plus, y compris une infraction de complot, de truquage des offres et de publicité trompeuse. Bien que ces modifications ne s'appliquent pas aux actes commis avant 2012 (soit une grande partie des dossiers traités actuellement), ces modifications limiteront les options du SPPC et du commissaire en ce qui concerne les sanctions imposées contre des particuliers à l'avenir.

¹⁰ Communiqué du Bureau de la concurrence, « Un stratagème de truquage des offres donne lieu à des amendes de 140 000 dollars pour une société québécoise et son président », daté du 14 mars 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04042.html>).

¹¹ Communiqué du Bureau de la concurrence, « Une deuxième personne condamnée dans une affaire de truquage d'offres visant des marchés fédéraux », daté du 24 août 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04131.html>).

¹² Communiqué du Bureau de la concurrence, « Détermination de la peine dans une affaire de télémarketing trompeur », daté du 28 octobre 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04140.html>).

4

Le Bureau participe à la négociation d'un plaidoyer tout à fait nouveau

Fait nouveau en 2016, le commissaire et le SPPC ont négocié une transaction pénale unique en son genre avec un particulier dans une affaire de truquage des offres qui exigeait que la personne collabore avec le commissaire dans le cadre de ses efforts de conformité continue.

À titre d'information, au terme d'une enquête de cinq ans ayant bénéficié de la coopération d'un demandeur d'immunité dans le cadre du programme d'immunité du Bureau, le SPPC a déposé des accusations criminelles contre une entreprise et six personnes en 2014 pour leur rôle présumé dans un complot de truquage des offres lié à des marchés du gouvernement fédéral pour la prestation de services de TI professionnels à Bibliothèque et Archives Canada. Le SPPC a par la suite conclu une transaction pénale avec un ancien employé de Microtime Inc. en 2015, qui a débouché sur une amende de 23 000 dollars canadiens, une peine d'emprisonnement de 18 mois avec sursis et du service communautaire ordonné par les tribunaux¹³.

En 2016, le SPPC a conclu une seconde transaction pénale assez comparable avec un autre ancien employé de Microtime Inc. (Linda Graham), qui a donné lieu à une amende de 20 000 dollars canadiens, une peine d'emprisonnement de 18 mois avec sursis et un engagement à faire du service communautaire. Dans ce cas-ci, toutefois, dans le cadre de son plaidoyer, M^{me} Graham a également accepté de contribuer personnellement aux efforts de conformité du commissaire. Plus particulièrement, M^{me} Graham a accepté de participer à deux exposés publics en compagnie du personnel du commissaire pour sensibiliser le public au respect de la *Loi*¹⁴.

¹³ Communiqué du Bureau de la concurrence, « Un Ontarien est condamné après avoir plaidé coupable de truquage des offres », daté du 21 mai 2015 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/o3936.html>).

¹⁴ Communiqué du Bureau de la concurrence, « Une deuxième personne condamnée dans une affaire de truquage d'offres visant des marchés fédéraux », daté du 24 août 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/o4131.html>).

Cette transaction pénale semble être le premier cas où le commissaire a exigé qu'un particulier condamné en vertu de la *Loi* collabore avec le Bureau dans le cadre de ses efforts de promotion de la conformité. Ce recours est particulièrement inhabituel compte tenu du fait que la poursuite des défendeurs restants par le SPPC semble se poursuivre. En résumé, le commissaire a recruté M^{me} Graham pour qu'elle « exprime son rôle dans un complot » même si elle demeure un témoin possible dans une poursuite criminelle en cours. Il reste à voir si les nouveaux arrangements pris par le commissaire dans cette affaire atteindront ses objectifs de promotion de la conformité sans nuire à ses efforts continus d'application de la loi.



5

Les condamnations du Bureau dans le complot de fixation du prix de détail de l'essence sont confirmées

Bien que les travaux d'application de la loi du commissaire en 2016 aient abouti à moins de condamnations et de plaidoyers que par le passé, le commissaire et le SPPC ont remporté une victoire importante devant la Cour d'appel du Québec au terme d'une longue poursuite dans le complot de fixation du prix de détail de l'essence au Québec.

En 2004, le commissaire a ouvert une vaste enquête sur la fixation des prix de détail de l'essence dans plusieurs marchés locaux au Québec, dont Victoriaville, Thetford Mines, Magog et Sherbrooke. Pendant son enquête, le commissaire a utilisé de toutes les techniques d'enquête autorisées par la *Loi*, y compris des dispositifs d'écoute et des mandats de perquisition, ce qui a entraîné des demandes d'immunité dans le cadre du programme d'immunité du commissaire. Le SPPC a déposé une première série d'accusations en 2008 et, depuis ce temps, le SPPC a obtenu des plaidoyers et des condamnations à l'égard de 33 personnes et de 7 entreprises, assortis d'amendes dépassant 4 millions de dollars canadiens¹⁵.

Dans le cadre de cette affaire de grande envergure, les accusations du SPPC contre trois personnes (Michel Lagrandeur, Linda Proulx et Yves Gosselin) ont donné lieu à un procès en 2013. Sur le fondement de la preuve de transcriptions d'écoute électronique et du témoignage de présumés cocomploteurs, le juge de première instance a condamné les trois personnes pour une infraction de complot visant à fixer le prix de détail de l'essence dans ces marchés. À la suite de ces condamnations, la Cour a condamné chaque personne à une amende de 15 000 dollars canadiens¹⁶.

¹⁵ Communiqué du Bureau de la concurrence, « Les Pétroles Global Inc. écotent d'une amende de 1 M\$ pour la fixation du prix de l'essence au Québec », daté du 17 avril 2015 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03908.html>).

¹⁶ Communiqué du Bureau de la concurrence, « Trois personnes condamnées dans l'affaire du cartel de l'essence au Québec », daté du 16 mars 2013 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03591.html>).



Les individus ont fait appel de leur condamnation. Parmi les autres motifs de l'appel, les appelants ont fait valoir que le juge de première instance n'avait pas tenu compte de leur défense de parallélisme conscient et qu'il avait manqué à son obligation d'évaluer la preuve présentée par les présumés cocomploteurs. En septembre 2016, la Cour d'appel a confirmé les condamnations de Lagrandeur et Gosselin et n'a constaté aucune erreur justifiant l'infirmité de la décision. La Cour d'appel a cependant annulé la condamnation de Proulx et ordonné un nouveau procès¹⁷.

En résumé, en annulant la condamnation de Proulx, la Cour a estimé que, même s'il avait admis à juste titre les déclarations des présumés cocomploteurs aux termes d'une exception à la règle du oui-dire, le juge de première instance avait commis une erreur dans l'évaluation de la fiabilité absolue de ces déclarations. De plus, la Cour a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en se fiant à certaines déclarations passées de Proulx pour établir sa participation à un complot survenu après ces déclarations.

La décision de la Cour d'appel concernant les condamnations de Lagrandeur et Gosselin constitue une victoire de taille pour le Bureau, surtout dans une affaire criminelle nationale. Toutefois, l'annulation de la condamnation de Proulx par la Cour d'appel souligne les difficultés liées à l'utilisation d'une preuve présentée par de présumés cocomploteurs en vue d'obtenir des condamnations dans une affaire de complot. Bien qu'une telle preuve puisse être admissible dans certaines circonstances, la décision de la Cour d'appel rappelle que la Cour se prononcera sur la fiabilité de cette preuve et sera réticente à conclure à une conduite future d'après des déclarations passées.

¹⁷ *Proulx c. Reine* (dossier n° 500-10-0053890-133) publié par la Cour d'appel le 9 septembre 2016.

6

La demande d'immunité testimoniale du Bureau est soumise à la Cour suprême du Canada

Fait nouveau distinct dans le complot de fixation du prix de détail de l'essence, la Cour suprême du Canada a accepté, en novembre 2016, d'entendre un important appel portant sur la capacité du commissaire à invoquer l'immunité testimoniale relativement au travail de ses enquêteurs criminels à la Direction générale des cartels¹⁸.

Comme nous l'avons mentionné plus tôt, le commissaire a annoncé en 2008 le dépôt d'une première série d'accusations criminelles dans le complot de fixation du prix de détail de l'essence, d'après des informations obtenues en partie grâce à des autorisations d'écoute électronique. À la suite de l'annonce de ces accusations, un certain nombre de demandeurs ont entamé un recours collectif contre les intimés dans la province de Québec. Dans un recours collectif (la cause *Jacques*), les demandeurs ont nommé un certain nombre de pétrolières, de distributeurs et de détaillants de pétrole qui avaient été accusés d'avoir commis une infraction criminelle. Dans un recours collectif séparé (la cause *Thouin*), les demandeurs ont nommé un certain nombre de pétrolières, de distributeurs et de détaillants de pétrole qui n'avaient pas été accusés d'avoir commis une infraction criminelle, mais qui, selon les demandeurs, avaient néanmoins participé au complot de fixation du prix.

Au cours de la procédure dans la cause *Jacques*, les demandeurs ont demandé la production des conversations privées qui avaient été interceptées par le Bureau et divulguées aux accusés. Après une requête contestée et un appel devant la Cour suprême du Canada, le commissaire a reçu l'ordre de produire les transcriptions d'écoute électronique demandées, sous réserve d'expurgations visant à protéger certaines conversations touchant des tiers non visés par la poursuite¹⁹.

¹⁸ *Procureur général du Canada c. Daniel Thouin*, 2016 CanLII 74996 (CSC).

¹⁹ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, [2014] 3 CSC 287.

À la suite de la production de ces transcriptions, les demandeurs dans la cause *Thouin* ont demandé que l'enquêteur principal du Bureau soit soumis à un interrogatoire préalable. Les demandeurs ont également annoncé leur intention d'exiger la production des autres transcriptions d'écoute électronique qui n'avaient pas été produites à la suite de la décision de la Cour suprême dans la cause *Jacques*. Bref, dans la cause *Jacques*, le Bureau avait produit uniquement les transcriptions qui concernaient les accusés et qui étaient déjà entre les mains des accusés. En revanche, dans *Thouin*, les demandeurs demandaient la production et la divulgation d'un ensemble beaucoup plus large de conversations qui avaient été recueillies par le Bureau et qui touchaient des tiers qui n'avaient jamais été accusés, mais qui avaient maintenant le statut d'intimés dans le recours collectif.

En réponse à cette requête, la Couronne a affirmé que l'enquêteur principal du Bureau n'était pas contraignable et qu'il bénéficiait d'une immunité testimoniale en common law. La Couronne a fait valoir que, comme il n'était ni une partie ni un intimé dans l'instance, l'enquêteur ne pouvait pas être soumis à un interrogatoire préalable en vertu des règles de pratique provinciales, plus particulièrement à la lumière des lois fédérales régissant la responsabilité civile des agents de la Couronne. Les tribunaux québécois ont toutefois rejeté ces arguments. En première instance et en appel, les tribunaux québécois ont estimé que l'enquêteur du Bureau n'avait pas d'immunité lui permettant de refuser de se soumettre à un interrogatoire préalable et qu'il était contraignable en vertu du *Code de procédure civile* du Québec. Les tribunaux ont également conclu que l'interrogatoire préalable proposé accélérerait l'instance, surtout étant donné que l'enquêteur pouvait être interrogé au procès²⁰.

Les parties ont déposé une demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada. En novembre 2016, la Cour suprême a accordé l'autorisation d'interjeter appel, et l'appel devrait être entendu à l'automne 2017. La décision de la Cour suprême d'entendre la cause est inhabituelle, car la Cour autorise rarement d'interjeter appel sur une question d'interrogatoire préalable liée à un recours collectif en cours. Toutefois, la Cour semble avoir été convaincue qu'il s'agissait d'un enjeu d'intérêt public concernant la capacité du Bureau d'invoquer l'immunité à l'égard du travail de ses enquêteurs criminels à la Direction générale des cartels. Dans une décision séparée en Ontario, la Cour d'appel de l'Ontario avait précédemment soutenu qu'un demandeur dans une affaire au civil pouvait demander la communication préalable du produit du travail et des dossiers de la GRC aux termes des *Règles des procédures civiles* en vigueur en Ontario²¹. La Cour suprême du Canada ne s'est cependant pas prononcée sur la question, et si la Cour rejette l'existence d'une immunité testimoniale, le personnel d'application de la loi du Bureau à la Direction générale des cartels pourrait faire l'objet de demandes d'interrogatoire préalable à l'avenir dans des affaires d'application de la loi nationales et internationales.

... la Cour semble avoir été convaincue qu'il s'agissait d'un enjeu d'intérêt public concernant la capacité du Bureau d'invoquer l'immunité à l'égard du travail de ses enquêteurs criminels à la Direction générale des cartels.

²⁰ Voir *Thouin c. Ultramar ltée*, 2015 QCCS 1432 (CanLII), confirmé par Canada (*Procureure générale*) c. *Thouin*, 2015 QCCA 2159 (CanLII).

²¹ *Temelini v. Wright* (1999), 44 O.R. (3d) 609 (C.A.).

7

La coopération « sans précédent » du Bureau avec le département de la Justice des États-Unis

Dans un autre fait nouveau notable au Canada, le commissaire a annoncé un important plaidoyer étranger dans une affaire de cartel international à la suite d'une coopération « sans précédent » entre le Bureau et le département de la Justice des États-Unis²².

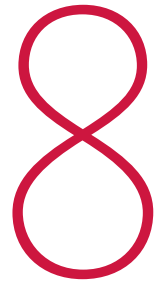
Plus précisément, en juillet 2016, le commissaire a annoncé que Nishikawa Rubber Co., Ltd. (Nishikawa), un important fabricant de pièces automobiles contenant des matériaux d'étanchéité de carrosserie, a plaidé coupable aux États-Unis et convenu de payer une amende de 130 millions de dollars américains pour avoir participé à un complot international de truquage des offres qui a eu des répercussions sur les automobiles vendues aux États-Unis et au Canada. Le commissaire a précisé dans son annonce que le plaidoyer de Nishikawa faisait suite à une « collaboration étroite » entre le commissaire et la division antitrust du département de la Justice des États-Unis. Le commissaire a indiqué que la vente de matériaux d'étanchéité de carrosserie à Toyota et Honda avait rapporté à Nishikawa quelque 236 millions de dollars canadiens au Canada entre 2000 et 2012. Ces matériaux vendus au Canada étaient incorporés aux véhicules assemblés au pays. Toutefois, après discussion entre les deux organismes d'application de la loi, le commissaire a indiqué qu'il avait été entendu que l'affaire serait traitée par la division antitrust étant donné que les actes répréhensibles « concernaient avant tout les consommateurs américains ». Néanmoins, le personnel du Bureau semble avoir participé étroitement aux négociations du plaidoyer, et l'amende de Nishikawa semble avoir été établie de sorte à tenir compte des répercussions possibles au Canada et aux États-Unis. Dans son annonce, le commissaire a également souligné que la coopération étroite entre les organismes dans le cadre

²² Communiqué du Bureau de la concurrence, « Une coopération sans précédent avec l'organisme américain d'application des lois antitrust met fin à un important cartel », daté du 20 juillet 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/o4122.html>).

de la négociation du plaidoyer de Nishikawa était conforme aux protocoles énoncés dans l'accord conclu entre le Canada et les États-Unis sur la coopération dans l'application des lois relatives à la concurrence.

Le plaidoyer de Nishikawa dans cette affaire est inhabituel selon les pratiques traditionnelles. Dans le passé, lorsqu'un présumé comploteur étranger avait un important volume de ventes au Canada, la Direction générale des cartels entamait et supervisait sa propre enquête, et cherchait à négocier son propre plaidoyer en fonction des activités commerciales de l'accusé au Canada. Le commissaire a indiqué que les actes de Nishikawa « concernaient avant tout » les consommateurs américains; or, c'est le cas dans la plupart des affaires de cartel concernant des ventes en Amérique du Nord. Certains observateurs pensent que ce plaidoyer de Nishikawa est représentatif du nouveau modèle de coopération internationale visé par la « clause de courtoisie » de l'accord de coopération entre le Canada et les États-Unis. Toutefois, une explication plus plausible est le fait qu'une grande partie des automobiles fabriquées par Toyota et Honda qui contenaient les matériaux d'étanchéité de carrosserie de Nishikawa étaient ensuite exportées aux États-Unis pour être vendues aux consommateurs américains. Devant ce fait, on peut penser que l'important plaidoyer de Nishikawa s'explique par une chaîne de distribution particulière dans le secteur automobile et qu'il est peu probable qu'on assiste à d'autres plaidoyers de la sorte dans de futures enquêtes sur les cartels.





Conclusion

Dans notre dernier examen annuel de l'état de l'application de la législation criminelle en matière de concurrence au Canada, nous nous attendions à ce que « le commissaire cherche à retrouver ses lettres de noblesse en matière d'application de la loi » dans la foulée des poursuites infructueuses dans les causes *R. c. Durward* et *R. c. Nestlé*²³. À en juger par ses travaux d'application de la loi et les statistiques publiées en 2016, cette prédiction semble s'être avérée, puisque le commissaire a obtenu des plaidoyers importants et inhabituels dans deux affaires de cartel national et international. Entre autres succès, le commissaire a obtenu une décision d'appel favorable qui a confirmé les condamnations dans le complot de fixation du prix de détail de l'essence, en plus d'imposer la deuxième amende en importance pour une infraction de truquage des offres au Canada dans le cadre de son enquête en cours sur le secteur des pièces d'automobiles. Le commissaire a également démontré son engagement en faveur d'une coordination continue avec le département de la Justice des États-Unis en annonçant le plaidoyer de culpabilité de Nishikawa, et le commissaire accueillera l'une des réunions annuelles les plus importantes d'organismes internationaux d'application du droit antitrust : l'atelier international sur les cartels du RIC à Ottawa en 2017²⁴.

Toutefois, en dépit de ces succès, les enquêtes et les travaux du commissaire relatifs à l'application de la loi ont diminué selon un certain nombre de paramètres publics. Le fait nouveau le plus important dans le domaine de l'application de la loi en 2016 est peut-être un événement qui n'a pas eu lieu, à savoir l'absence

²³ Osler, *Application de la législation criminelle en matière de concurrence au Canada*, Rétrospective 2015 (« Conclusion : l'année à venir ») (publié à l'adresse <https://www.osler.com/osler/media/Osler/reports/competition/Competition-Criminal-Enforcement-in-Canada-FR.pdf>).

²⁴ Communiqué du Bureau de la concurrence, « Le Bureau de la concurrence accueillera l'atelier international sur les cartels du RIC à Ottawa en 2017 », daté du 5 octobre 2016 (publié à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04146.html>).

d'annonce publique ou de mise à jour sur l'examen que mène actuellement le commissaire sur les programmes d'immunité et de clémence du Bureau. En décembre 2015, à la suite des affaires *R. c. Durward* et *R. c. Nestlé*, le commissaire avait prononcé une allocution marquante au cours de laquelle il avait annoncé son intention de revoir les programmes d'immunité et de clémence, ainsi que les « leçons tirées de l'expérience », dans le cadre de l'« amélioration continue » des pratiques d'enquête et d'application de la loi du commissaire²⁵. Au cours de son allocution, le commissaire avait rejeté la suggestion selon laquelle les incitatifs à coopérer avec le Bureau avaient changé à la suite des deux affaires, mais il avait annoncé que la revue des programmes permettrait de déterminer « si des modifications ou des précisions s'avèrent nécessaires », plus particulièrement à la lumière de la décision judiciaire de la Cour relative aux documents présentés par le demandeur d'immunité dans *R. c. Nestlé*. Le commissaire avait également annoncé que, si des modifications s'avéraient nécessaires, « nous tiendrons des consultations sur les documents remaniés en 2016 ».

Cependant, 14 mois plus tard, le commissaire n'a proposé aucune modification et n'a pas communiqué le résultat de son examen des programmes d'immunité et de clémence. Selon des déclarations publiques passées, des membres de la Direction des cartels ont indiqué que le Bureau étudiait la possibilité d'avoir davantage recours à l'enregistrement des déclarations et aux lettres de présentation de l'information, ainsi qu'aux exigences de divulgation. Toutefois, au-delà de ces déclarations, rien n'indique que le commissaire s'apprête à conclure son examen ou à en divulguer les résultats. Le silence relatif du commissaire sur le plan des politiques est diamétralement opposé à l'attitude du département de la Justice des États-Unis, qui a publié une mise à jour importante sur la foire aux questions dans le cadre du Programme de clémence de la division antitrust en janvier 2017²⁶.

En résumé, nous pouvons probablement nous attendre à une reprise des discussions et des consultations sur les exigences de divulgation et de coopération aux termes des programmes d'immunité et de clémence en 2017. Nous pouvons aussi nous attendre à ce que les travaux relatifs à l'application de la loi continuent de tabler sur certains des succès et des résultats obtenus par le commissaire en 2016. Et compte tenu des changements qui surviennent aux États-Unis liés au programme Yates et aux modifications à la foire aux questions, il sera fort intéressant au Canada de surveiller dans quelle mesure le commissaire suivra ou non ces initiatives stratégiques, plus particulièrement à la lumière des nouvelles directives d'application de la loi qui émaneront de la nouvelle administration présidentielle américaine.

²⁵ Allocution du commissaire de la concurrence, « Tirons les choses au clair », datée du 8 décembre 2015 (publiée à l'adresse <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04011.html>).

²⁶ U.S. Department of Justice, *Frequently Asked Questions about the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*, mise à jour publiée le 26 janvier 2017 (à l'adresse <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>).

Groupe spécialisé en enquêtes sur les cartels et les agissements antitrust criminels

Osler jouit d'une expérience considérable quand vient le moment de fournir des conseils juridiques pratiques et adaptés à des clients susceptibles de faire l'objet d'une enquête ou d'une poursuite du Bureau de la concurrence. Nous évaluons et recommandons des approches pour atténuer les risques en recourant à des mesures préventives et de conformité, et nous offrons des conseils stratégiques lorsqu'une enquête initiale se transforme en une enquête à grande échelle, que ce soit relativement à une affaire intérieure ou à des activités ayant eu lieu sur plusieurs territoires. Lorsqu'une enquête met au jour une responsabilité criminelle potentielle, nous aidons le client à prendre une décision cruciale, à savoir choisir entre demander un signet aux termes des politiques d'immunité ou de clémence du Bureau de la concurrence, et se préparer à se défendre contre une poursuite éventuelle. Peu importe l'option choisie, Osler peut apporter son concours à partir de l'enquête initiale jusqu'à l'octroi de l'immunité, en passant par la négociation d'un plaidoyer de culpabilité fondé sur l'accession à la clémence ou un procès pénal en bonne et due forme.

Pour de plus amples renseignements concernant le groupe de pratique spécialisé en enquêtes sur les cartels et les agissements antitrust criminels d'Osler, veuillez visiter **osler.com/criminel**.

AUTEURS



Christopher Naudie
Associé, Litige
cnaudie@osler.com
416 862-6811



Shuli Rodal
Chef, Droit de la concurrence et investissement étranger
srodal@osler.com
416 862-4858



Riyaz Dattu
Associé, Droit de la concurrence et investissement étranger
rdattu@osler.com
416 862-6569



Peter Franklyn
Associé, Droit de la concurrence et investissement étranger
pfranklyn@osler.com
416 862-6494



Peter Glossop
Associé, Droit de la concurrence et investissement étranger
pglossop@osler.com
416 862-6554



Mahmud Jamal
Associé, Litige
mjamal@osler.com
416 862-6764



Michelle Lally
Associée, Droit de la concurrence et investissement étranger
mlally@osler.com
416 862-5925



Lawrence E. Ritchie
Associé, Litige
lritchie@osler.com
416 862-6608



Kaeleigh Kuzma
Associée, Droit de la concurrence et investissement étranger
kkuzma@osler.com
416 862-6407

À propos d'Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Osler est un cabinet d'avocats de premier plan qui n'a qu'un objectif : répondre aux besoins de votre entreprise. Que ce soit à Toronto, Montréal, Calgary, Ottawa, Vancouver ou New York, nous conseillons nos clients canadiens, américains et internationaux sur une vaste gamme de questions juridiques nationales et transfrontalières. Notre approche « intégrée » fondée sur la coopération tire profit de l'expertise de plus de 400 avocats pour apporter des solutions juridiques adaptées, proactives et pratiques axées sur les besoins de votre entreprise. En plus de 150 ans, nous avons acquis la réputation d'un cabinet qui sait régler les problèmes, surmonter les obstacles et fournir les réponses dont vous avez besoin, quand vous en avez besoin. C'est le droit à l'œuvre.

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Toronto Montréal Calgary Ottawa Vancouver New York | osler.com

OSLER