

Arrêt des procédures. Divulgence de la preuve. Erreurs.
Privilèges.

COUR DU QUÉBEC

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL
LOCALITÉ DE MONTRÉAL
« Chambre criminelle et pénale »

N° : 500-61-435556-163

DATE : 6 juin 2018

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE SALVATORE MASCIA, J.C.Q.

DAVID BAAZOV
et
YOEL ALTMAN
et
BENJAMIN AHDOOT
et
DIOCLES CAPITAL INC.
et
2374879 ONTARIO INC.
et
SABABA CONSULTING INC.
REQUÉRANTS-Défendeurs
c.
AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS
INTIMÉE-Poursuivante

DÉCISION SUR UNE REQUÊTE EN ARRÊT DES PROCÉDURES
POUR ABUS DE PROCÉDURES

(Articles 7 et 24(1) de la *Charte des droits et libertés*)¹

Introduction

[1] Le 22 mars 2016, dans le cadre d'une enquête baptisée *Projet Audace*, l'Autorité des marchés financiers (ci-après, « AMF ») a signifié un constat d'infraction à l'encontre des défendeurs (ci-après, les requérants), lequel comporte un total de 23 chefs d'accusation pris en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières (LVM)*. En quelques mots, les infractions reprochées sont communément appelées « tuyautage », « délit d'initié », « complot », « manipulation de marché » et « fraude sur les marchés ». La période visée par les accusations est de décembre 2013 à juin 2014.

[2] Les accusations sont associées à des peines d'emprisonnement pouvant atteindre cinq ans et à des amendes de cinq millions de dollars.

[3] Le procès entamé depuis le 23 avril dernier devait s'étirer jusqu'au mois de novembre de 2018.

[4] L'audition du procès, toutefois, fut interrompue par la présentation et l'audition au mérite de deux requêtes en arrêt des procédures : l'une présentée par le requérant Benjamin Ahdoot et l'autre par l'ensemble des requérants, incluant monsieur Ahdoot.

[5] La requête initiale de monsieur Ahdoot a été présentée au Tribunal le 12 et le 13 avril 2018, soit à 10 jours de la date prévue du procès². Essentiellement, monsieur Ahdoot a allégué que l'équité du procès était compromise par le fait que l'AMF a eu accès à des documents privilégiés (communication avocat-client) reliés à sa défense.

[6] Lors de la présentation de cette requête, le Tribunal a demandé une expertise en raison de l'absence de preuve au soutien de certains allégués de la requête. Celle-ci a été présentée le 27 avril alors que le procès a débuté, tel que prévu, le 23 avril 2018. À la suite de la présentation de cette expertise, une version modifiée de la requête a été signifiée à l'AMF, le 3 mai 2018. Les représentations sur cette requête se sont conclues le 1er juin 2018.

[7] La seconde requête a été présentée au Tribunal à la suite d'une lettre transmise par l'AMF aux requérants à la quatrième semaine du procès, le 15 mai 2018. La lettre demandait la remise de plus de 330 000 documents divulgués par erreur aux requérants pour la préparation de leur défense. Plus précisément, il s'agissait de documents potentiellement soumis à la revendication de privilège par les tiers.

¹ Jugement rendu oralement le 6 juin 2018. Comme le permet l'arrêt *Kellogg's Company of Canada c. P.G. du Québec*, [1978] C.A. 258, 259-260, le Tribunal s'est réservé le droit, au moment de rendre sa décision, d'en modifier, amplifier et remanier les motifs.

² La semaine du 16 avril 2018 était réservée pour régler certaines questions de droit avant d'entamer le procès, dont un voir-dire pour déterminer l'admissibilité de la déclaration d'un des requérants, monsieur David Baazov.

Toutefois, les documents n'ont pas été isolés ou mis à l'écart par l'application correcte de mots-clés.

[8] Évoquant une atteinte à l'équité du procès ainsi qu'une atteinte à l'intégrité du système de justice, les requérants ont fait leurs représentations relatives à cette requête le 31 mai 2018.

[9] Le présent jugement porte sur ces deux requêtes. Le Tribunal a choisi de trancher ces deux requêtes par un seul jugement en raison de nombreux recoupements dans les représentations des requérants. Par ailleurs, lors de la présentation de la seconde requête, plusieurs références ont été faites à la preuve déposée lors de l'audition de la requête de monsieur Ahdoot.

Toile de fonds

Bref récit des faits

[10] Une partie de l'information privilégiée dont il est question dans les accusations est liée à l'acquisition d'Olford Group Limited (Olford) par Amaya Gaming Group inc. (Amaya), réalisée en juin 2014 au coût de 4.9 milliards de dollars US. Cette transaction a fait en sorte qu'Amaya est devenue la plus importante société de jeux en ligne du monde inscrite en bourse.

[11] Au moment des faits en litige, Amaya était une société immatriculée au Québec qui exerçait des activités dans l'industrie des jouets et des jeux. Une filiale d'Amaya, Cadillac Jack inc., était un important fournisseur de produits et de technologies de jeux pour casinos.

[12] Quant à Olford, il s'agissait d'une compagnie privée œuvrant dans l'industrie des jeux de hasard. Elle était la société mère de Rational Group Ltd, propriétaire et exploitant des plateformes de poker en ligne, PokerStars et Full Tilt Poker. Ces plateformes étaient, collectivement, les marques de poker en ligne les plus populaires et rentables du monde. Le siège social d'Olford était situé à Onchan, sur l'Île de Man³.

[13] Tous les requérants (personnes physiques) dans cette affaire sont des initiés au sens de la LVM pour la période concernée par les accusations : Messieurs David Baazov et Benjamin Ahdoot étaient respectivement président et vice-président (projets gouvernementaux) chez Amaya. Quant à monsieur Yoel Altman, il a agi comme consultant pour Amaya dans le cadre de la transaction ayant mené à l'acquisition d'Olford.

[14] Selon l'AMF, les coaccusés ont eu recours à de l'information au sujet de cette transaction qui n'était pas disponible à l'investisseur moyen pour acheter des actions d'Amaya.

³ Repris du cahier de procès de l'AFM, p. 13.

[15] Le processus ayant mené à l'acquisition d'Amaya a débuté en décembre 2013 et s'est concrétisé le 12 juin 2014.

[16] Une autre série d'infractions vise les efforts déployés par les requérants pour stabiliser le prix des actions d'Amaya au mois d'avril 2014 (manipulation du marché). Selon l'AMF, les communications entre messieurs Baazov et Altman ont révélé qu'ils étaient, à ce moment, fortement préoccupés par la dégringolade du titre d'Amaya. En effet, le titre d'Amaya a passé de 8,11 \$ l'action à 5,24 \$ l'action entre le 6 mars et le 16 avril 2014⁴. Afin de renverser la vapeur, L'AMF prétend que monsieur Altman a effectué plusieurs transactions sur le titre d'Amaya, le 15 et le 16 avril 2014, par l'entremise d'une compagnie qu'il contrôlait, 2374879 Ontario inc. (également défenderesse et requérante dans la présente affaire).

[17] D'autres faits viennent corroborer la prétention de l'AMF voulant que les requérants se soient concertés afin d'influencer le cours des actions d'Amaya : Le 17 avril 2014, monsieur Altman a effectué plusieurs transactions sur le titre d'Amaya à travers le compte de courtage de Diocles⁵. Ce même jour, monsieur Baazov a demandé à monsieur Altman de lui faire parvenir une facture pour 1.4 million le plus rapidement possible⁶. Ce dernier fait parvenir cette facture soi-disant pour les services rendus à Amaya à titre de consultant. Pour l'AMF, le contexte entourant la facture envoyée par monsieur Altman démontre que la somme était plutôt transférée dans l'objectif de faciliter l'acquisition par Altman des titres d'Amaya dans le but ultime d'influencer le cours du titre à la hausse⁷.

La divulgation de la preuve : histoire de retard et de cafouillage

[18] Pour les requérants, la présente requête en arrêt des procédures doit considérer non seulement les récentes bavures de l'AMF (consultation des documents privilégiés et la divulgation de documents potentiellement privilégiés), mais également son dossier peu enviable par rapport à la divulgation prompte et efficace de la preuve. Le Tribunal, ont-ils plaidé, ne doit plus tolérer les erreurs répétées de l'AMF. Nous sommes maintenant rendus au point où « assez, c'est assez » (enough is enough).

[19] Comme nous verrons plus loin, le « cumul des erreurs » sera un facteur que le Tribunal va considérer dans sa décision finale sur l'arrêt des procédures. Aux fins de ce jugement, toutefois, le Tribunal n'a pas l'intention de reprendre tout l'historique entourant la divulgation de la preuve (les échanges écrits entre les parties, les échanges oraux lors des multiples conférences de gestion, les détails et les arguments à l'appui des multiples requêtes en divulgation ainsi que les décisions du Tribunal sur le mérite desdites requêtes). À la place d'un récit détaillé, le Tribunal va se limiter à des

⁴ Id., p. 17.

⁵ Id.

⁶ Id.

⁷ Id.

commentaires d'ordre général et à quelques exemples qui illustrent bien les difficultés entourant la divulgation de la preuve⁸.

—*Première divulgation de la preuve (DP1)*

[20] Malgré le fait que l'enquête dans cette affaire a débuté le 30 juin 2014, la divulgation de la preuve par l'AMF s'est avérée un processus long et ardu. Ce n'est que le 20 juillet 2014 que l'AMF a procédé à la première divulgation de la preuve DP1, soit quelque quatre mois après la signification du constat d'infraction le 22 mars 2016.

[21] Cette première divulgation de la preuve fut suivie par 39 rondes de divulgation supplémentaire. Alors que certaines d'entre elles ne contenaient que quelques pages, d'autres contenaient des milliers sinon des millions de documents. Une quantité importante de la preuve fut livrée alors qu'on était rendu très près du début du procès.

—*Divulgation de la DP2*

[22] La seconde vague de divulgation (DP2) contenant les fruits de la perquisition aux bureaux d'Amaya, en date du 10 décembre 2014, comportait presque un million d'items informatiques et ne fut livrée aux requérants qu'en novembre 2016.

—*Divulgation de la DP16*

[23] La DP16, comprenant plus de 16 millions de fichiers provenant de perquisitions exécutées dans le cadre d'une enquête « parallèle » (*Projet Bronze*), fut divulguée le 21 septembre 2017—on était, alors, à moins de trois mois du procès qui devait débuter le 11 décembre 2017⁹. Il y a lieu de noter que c'est l'AMF, de sa propre initiative, qui a transmis la preuve dans le dossier dit « parallèle » en raison de sa pertinence potentielle aux moyens de défense envisagés par les requérants. Aux fins de ce jugement, il y a lieu de citer une partie de la lettre rédigée par une des procureures de l'AMF motivant la décision de divulguer le dossier « parallèle » *Projet Bronze* :

Conformément à ses obligations en matière de communication de la preuve, l'Autorité...vous transmet ci-joint un disque dur externe concernant un dossier d'enquête distinct du présent dossier d'enquête Audace...connu sous l'appellation «Bronze».

⁸ Pour un récit plus détaillé concernant la divulgation de la preuve, le Tribunal réfère les parties à sa décision dans une requête de type *Jordan* rendue le 22 janvier 2018, *Baazov c. Autorité des marchés financiers*, 2018 QCCQ 171 (CanLII).

⁹ Initialement prévu pour le 20 novembre 2017, le procès fut reporté au 11 décembre 2017 en raison de la non-disponibilité du soussigné. Toutefois, la présentation d'une requête de type *Jordan* et la divulgation tardive de la preuve ont engendré des délais supplémentaires : La première date pour reprendre les procédures, le 26 février 2018, s'est avérée insuffisante pour permettre aux requérants de se familiariser avec la preuve volumineuse transmise tardivement et le procès fut remis au 23 avril 2018.

Or, le ou vers le 28 août 2017, l'équipe d'Audace a appris de l'équipe d'enquête de Bronze que certains documents auxquels ils ont nouvellement accès, tendent à démontrer que monsieur David Baazov n'aurait pas toujours été le propriétaire véritable des actions qu'il possède dans la société Amaya...et que plusieurs documents se trouvant sur SEDAR¹⁰ contiendraient conséquemment des informations fausses.

Nous soulignons que nous estimons que la preuve divulguée ce jour, bien que volumineuse, ne modifie en aucun cas la théorie de la cause de la poursuite, ni la preuve qui sera faite à charge dans le dossier Audace. Par contre, sans admission de la poursuivante, à la lumière des admissions proposées par les défendeurs et étant donné que les défendeurs tentent d'obtenir une conclusion du Tribunal à l'effet que les documents déposés sur SEDAR font preuve de leur contenu, nous considérons par mesure de précaution, que certains documents du dossier Bronze peuvent avoir une certaine pertinence quant à la décision des défendeurs de présenter ou non un certain type de défense et/ou d'arguments. (Souligné ajouté)

[24] Par cette lettre explicative, l'AMF convenait que le dossier *Bronze* contient des documents pertinents à certains moyens de défense ou à certains arguments que les requérants pourraient faire valoir. Or, une grande partie des 330 000 documents potentiellement pertinents que l'AMF cherche à retirer des mains des requérants dans la présente affaire proviennent du *Projet Bronze*¹¹.

[25] Le 8 novembre 2017, soit plus d'un mois après la divulgation de la DP16 (et à un mois du début du procès), l'AMF a enjoint les requérants de cesser leurs consultations et révisions de la DP16 au motif que certains éléments de la preuve ont été communiqués involontairement et par inadvertance. Le 15 novembre 2017, l'AMF a annoncé que 14 millions d'items auraient été divulgués par erreur et que seuls deux millions d'items seront divulgués la semaine suivante en remplacement de la DP16 d'origine.

[26] Le 20 novembre 2017, l'AMF a remis la DP16.2 aux requérants, laquelle comptait 2.2 millions de documents. Même dans sa version amincie, il était évident que les requérants auraient besoin d'un délai important pour leur permettre de se familiariser avec la preuve. De toute évidence, cette preuve ne pouvait pas être absorbée à temps pour débiter le procès le 11 décembre. Une remise était inévitable.

¹⁰ Un site qui fournit l'accès à des documents publics et des renseignements déposés par les émetteurs auprès des treize autorités provinciales et territoriales en valeurs mobilières.

¹¹ La preuve divulguée dans *Bronze* le 21 septembre ne contenait pas les fruits des perquisitions effectués chez la compagnie Hypertec le 12 septembre 2017. Également exclue de cette divulgation, la preuve provenant de certaines perquisitions effectuées le 23 mars 2016 en raison de la revendication du privilège avocat-client (témoignage de Pierre-Marc Cayer, technicien en informatique à l'AMF, rendu le 11 décembre 2017 dans le cadre de la première requête en arrêt des procédures).

[27] Les délais inévitables engendrés par la divulgation tardive de la DP16 étaient à la base d'une requête en arrêt des procédures, présentée le 11 décembre 2018, dans laquelle les requérants ont allégué la violation de leurs droits à un procès dans un délai raisonnable (article 11(b) de la *Charte*) ainsi que l'abus de procédures de la part de l'AMF (article 7 de la *Charte*). La présentation de cette requête (preuve et arguments) s'est déroulée du 11 au 18 décembre 2018.

[28] Le 22 janvier 2018, dans une décision écrite, le Tribunal a rejeté cette première requête¹² des requérants en arrêt des procédures. Le Tribunal était d'avis, toutefois, qu'il fallait accorder un délai aux requérants pour leur permettre de prendre connaissance de la preuve volumineuse divulguée tardivement. Le procès fut reporté une première fois au 26 février 2018 et une deuxième fois au 23 avril 2018.

[29] Lorsque le Tribunal a remis sa décision écrite aux parties, il a ajouté que la décision rejetant la requête était serrée.

—*Divulgation de la DP21*

[30] La preuve transmise dans *Bronze* via la DP16 n'incluait pas les fruits de perquisitions effectuées chez la compagnie Hypertec et monsieur Nathan Meirovici le 12 septembre 2017¹³. Dans une lettre adressée au Tribunal le 24 novembre 2017, l'AMF a indiqué que les fruits de ces perquisitions étaient maintenant disponibles et qu'elle était à préparer un index de la preuve.

[31] Ce n'est que le 8 décembre 2018 que l'AMF a transmis sa 21^e vague de divulgation. Dans la lettre accompagnant la divulgation, l'AMF a précisé qu'elle transmettait un tableau de la preuve avec un index contenant des hyperliens vers les éléments de preuve jugés potentiellement pertinents.

[32] L'index accompagnant la DP21, toutefois, était hautement problématique : Lors d'un témoignage rendu le 14 décembre 2017, monsieur David Gallant, un des enquêteurs impliqués dans le *Projet Audace*, avait établi que des 3 793 389 fichiers jugés potentiellement pertinents par l'AMF selon l'index *Bronze*, seulement 658 ont été divulgués aux requérants via des hyperliens.

¹² Une deuxième requête en arrêt des procédures pour abus de procédures fut présentée le 13 avril 2018. Dans une décision rendue oralement le 19 avril 2018, le Tribunal a rejeté les arguments des requérants en précisant que les abus allégués étaient largement hypothétiques. Les deux requêtes traitées dans la présente affaire constituent les troisième et quatrième tentatives des requérants de mettre un terme aux procédures (if at first you don't succeed, ...).

¹³ Hypertec était une compagnie contrôlée par la famille Ahdoot. Selon la preuve, cette compagnie transigeait activement dans les titres d'Amaya de 2007 à 2014. À partir de la preuve cueillie dans *Bronze*, un des enquêteurs de l'AMF (monsieur Xavier St-Pierre) était d'avis que la compagnie Hypertec détenait les actions d'Amaya au bénéfice des requérants Ahdoot et Baazov. Quant à monsieur Meirovici, il était un administrateur (CFO) de la compagnie Hypertec.

[33] Par rapport aux mérites de la présente requête, il y a lieu de souligner que c'est dans la DP21 qu'on retrouve les documents privilégiés liés à la défense de monsieur Benjamin Ahdoot. Ces documents ont été ciblés en raison de leurs pertinences pour les requérants. Le Tribunal va y revenir plus tard dans son jugement.

—*Divulgence de la DP26*

[34] Dans une énième requête en divulgation, les requérants ont demandé la divulgation complète des 3 793 389 fichiers jugés potentiellement pertinents par l'AMF. Lors des plaidoiries, les requérants ont fait valoir que les mots-clés utilisés par l'AMF pour bâtir son index (avec hyperliens) étaient inadéquats (pour ne pas dire inutiles) à la défense des requérants. Ils ont rappelé, également, les propos de l'enquêteur à l'effet que 3 793 389 documents dans la DP21 étaient potentiellement pertinents alors que l'index ne contenait que des hyperliens à 658 fichiers.

[35] Dans une décision rendue oralement le 5 février 2018, le Tribunal a donné raison aux requérants sur toute la ligne et a ordonné la divulgation des 3 793 389 fichiers potentiellement pertinents. Cette preuve, désignée sous le vocable DP26, fut divulguée aux requérants le 7 février 2018.

—*La DP 29, le Projet Cordon*

[36] La divulgation tardive et parcellaire de la preuve était à la base de plusieurs requêtes en divulgation présentées par les requérants. Plus souvent qu'autrement, le Tribunal a donné raison aux requérants et a ordonné à l'AMF de divulguer la preuve demandée. Il est même arrivé que l'AMF se soit conformée volontairement aux conclusions d'une requête en divulgation à la veille de sa présentation—dispensant, ainsi, le Tribunal de l'obligation de se prononcer au mérite. À cet effet, le Tribunal tient à rappeler les circonstances qui ont mené à la divulgation du *Projet Cordon*—une enquête dite « parallèle » :

- Le 19 avril 2016, dans le cadre du *Projet Cordon*, des mandats de perquisition ont été exécutés à la résidence et place d'affaires de monsieur Robert Sigal.
- Monsieur Sigal est un témoin à charge dans le dossier *Audace*. De ce fait, la preuve dans *Cordon* en lien avec ledit témoin fut divulguée aux requérants le 5 octobre 2017, le 27 octobre 2017 et le 21 décembre 2017 (DP17, DP18 et DP23 respectivement)¹⁴.

¹⁴ Jusqu'au 5 octobre 2017, date de la 17^e vague de divulgation de la preuve (DP17), l'AMF a fait défaut de divulguer aux requérants l'existence de plusieurs éléments de preuve hautement pertinents au témoignage de Robert Sigal, dont l'enregistrement et la transcription d'un interrogatoire tenu le 19 avril 2016. On était, alors, à un peu plus de deux mois de la date du procès (11 décembre 2017). La divulgation de cette preuve a eu lieu un jour ouvrable avant la présentation à la Cour d'une requête visant la divulgation des éléments de preuve de certains témoins à charge, dont monsieur Sigal.

- Pour le reste de la preuve dans *Cordon*, la position de l'AMF était à l'effet qu'il s'agissait d'une enquête distincte et indépendante du *Projet Audace*. Sur cette affirmation, elle a justifié son refus de divulguer l'entièreté de l'enquête *Cordon* aux requérants.
- Le 7 février 2018, à la suite d'une requête pour ouverture du paquet scellé dans le *Projet Cordon* présentée par La Presse, les requérants ont eu accès à l'affidavit de l'enquêteur, monsieur David Gallant, à l'appui des mandats de perquisition.
- À partir de l'information contenue dans l'affidavit de monsieur Gallant, les requérants ont présenté une requête afin d'obtenir la preuve dans le *Projet Cordon*. Sans entrer dans les détails, les requérants ont souligné le chevauchement important entre les enquêtes *Cordon* et *Audace*. Entre autres, un grand nombre de témoins à charge dans *Audace* était ciblé ou mentionné dans l'affidavit appuyant les mandats de perquisition dans *Cordon*.
- À la veille de la présentation de la requête le 15 février 2018, l'AMF a divulgué aux requérants la preuve dans le *Projet Cordon*. Elle a précisé toutefois que la divulgation était faite sans aucune admission de sa pertinence pour le procès dans le *Projet Audace*.

[37] Nonobstant la mise en garde de l'AMF quant à la pertinence de la preuve dans *Cordon* pour le procès *Audace*, le Tribunal ne peut s'empêcher de noter que le chevauchement entre les deux enquêtes dites distinctes était évident. Si on avait demandé au Tribunal de trancher sur la pertinence de cette preuve dans le cadre d'une requête en divulgation, il aurait certainement donné raison aux requérants.

La preuve à l'appui des présentes requêtes

La preuve du requérant Ahdoot

—Les documents privilégiés

[38] Depuis le début des procédures, le requérant Ahdoot est représenté par Me Julie-Martine Loranger. Dans la préparation de la défense de son client, Me Loranger a eu la collaboration des procureurs de la compagnie Hypertec. Des engagements de confidentialité furent signés afin de faciliter l'échange d'informations¹⁵.

[39] Le partage d'informations incluait un échange de courriels, comprenant des pièces jointes, entre Jonathan Ahdoot et monsieur Nathan Meirovici, CFO de la compagnie Hypertec. Parmi ces pièces, on y retrouve un document intitulé « Questions for Hypertec ». Essentiellement, il s'agit d'un mémo qui contient une série de questions posées par l'avocat d'Hypertec au CFO de ladite compagnie ainsi que les réponses de

¹⁵ Voir les pièces R1 à R6 de la requête Ahdoot (déposées sous scellés).

ce dernier. Chaque question de l'avocat (imprimée en noir sur le mémo) est suivie d'une réponse (imprimée en rouge) de la part de monsieur Meirovici. Sans exception, les réponses fournies par monsieur Meirovici étaient complétées ou appuyées par une référence à un document qui fut joint au mémo. Au total, 16 documents portant le titre « Untitled » étaient joints au mémo « Questions for Hypertec ». De façon générale, ces documents reprennent l'historique de l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya des années 2007 à 2014.

[40] Il y a lieu de préciser que le mémo « Questions for Hypertec » provenait de l'avocat qui représentait ladite compagnie. Au bas de chacune de ces cinq pages, on y trouve le nom du cabinet de l'avocat ainsi que la mention « CONFIDENTIEL ET PRIVILIGIÉ ».

[41] Ledit mémo ainsi que les pièces jointes ont été saisis par l'AMF lors d'une perquisition au bureau de la compagnie Hypertec le 12 septembre 2017. Cette perquisition a eu lieu dans le cadre du *Projet Bronze*.

[42] La compagnie a immédiatement invoqué le privilège de l'avocat-client et a fourni une série de mots-clés afin d'isoler ou de mettre à l'écart des documents potentiellement assujettis audit privilège. L'AMF a consenti à la liste de mots-clés proposée par la compagnie et s'est engagée à ne pas rendre disponible aux tiers les documents isolés par l'application de mots-clés.

[43] Malgré son engagement, l'AMF a omis d'isoler les documents potentiellement privilégiés en fonction de l'application de mots-clés. De cela, plus de 8 000 documents ont été rendus disponibles aux tiers, dont les requérants. Si on tient compte des documents reliés (familles) auxdits documents, le nombre de documents potentiellement privilégiés disponibles aux tiers se chiffre à 128 000.

[44] Il y a lieu de souligner que cette preuve était disponible aux enquêteurs de l'AMF avant qu'elle ne soit divulguée aux requérants dans la DP21, DP24 et DP26.

[45] Le mémo « Questions for Hypertec » et les pièces jointes sont inclus dans la DP26 divulguée aux requérants à la suite d'une ordonnance rendue par le Tribunal le 5 février 2018.

[46] Dans la DP21, on y trouve que les pièces qui étaient jointes au mémo, c'est-à-dire les 16 documents portant le titre « Untitled ». Il y a lieu de rappeler que la DP21 est le fruit d'un exercice de triage de la DP26 effectué par l'AMF. Essentiellement, elle consiste en un tableau (deux feuilles format Excel) avec un index contenant des hyperliens vers 658 fichiers jugés pertinents par l'AMF, dont les 16 documents « Untitled ».

—*La preuve de l'expert*

[47] Le requérant Ahdoot a présenté une expertise relative au traitement de la preuve documentaire électronique. L'expert a témoigné quant au processus habituel devant être suivi lors de la révision d'une base de données afin d'identifier et d'exclure les documents saisis qui sont protégés par des privilèges tels que le secret professionnel ou le privilège relatif au litige.

[48] Selon l'expert, la première étape est d'identifier des documents potentiellement privilégiés à l'aide de mots-clés. Outre la préparation de mots-clés, cette première étape ne nécessite aucune intervention humaine. L'outil informatique permettant le tri des documents saisis identifie, à l'aide de mots-clés, les documents pouvant être qualifiés de privilégiés.

[49] Toujours selon le témoignage de l'expert, des documents qui répondent aux mots-clés utilisés peuvent erronément recevoir le qualificatif « privilégié ». À titre d'exemple, un courriel comprenant une invitation à dîner qui présenterait, sous la signature de l'expéditeur, un avis standard de confidentialité, pourrait être identifié ainsi.

[50] Par la suite, suivant les meilleures pratiques, une analyse subjective des documents est nécessaire pour écarter les documents erronément identifiés par l'outil informatique. Cet examen est nécessaire afin de limiter l'exclusion de la preuve aux documents réellement privilégiés.

[51] Selon l'expert, des « murs éthiques » sont généralement mis en place afin que la personne procédant à l'analyse subjective ne communique pas avec les enquêteurs ou les personnes qui doivent tirer des inférences des documents au regard des infractions prévues par le législateur. Ces murs permettent de minimiser les risques de violation de la confidentialité des documents privilégiés.

[52] Lors de la préparation de son rapport, l'expert retenu par le requérant a adressé des questions à l'AMF concernant le respect de « murs éthiques ». Ses questions sont demeurées sans réponse.

[53] Concernant le dossier dont le Tribunal est saisi, l'expert a noté que cinq copies de l'échange courriel préparées pour la défense du requérant Ahdoot se trouvaient dans les documents saisis par l'AMF. Sur les cinq copies identiques de cette communication, seules trois ont été identifiées privilégiées par l'AMF. Un clic sur ces documents mène vers une page indiquant que le contenu de l'écrit est privilégié. Toutefois, un clic sur l'icône « télécharger » permet d'accéder aux pièces jointes associées à ce document. Il s'agit d'un problème pointé par l'expert.

[54] En outre, puisque seules trois copies sur cinq du document privilégié ont été identifiées, il est toujours possible d'accéder au contenu de la communication en cliquant sur les deux copies qui n'ont pas été reconnues privilégiées par l'AMF.

[55] Selon l'expert, il est impossible d'imputer l'omission d'identifier deux copies à une intervention humaine. Cependant, il est peu probable qu'un outil informatique ne traite pas similairement cinq copies identiques d'un document. Il est à noter que ces copies présentent toutes le même « ADN » électronique, c'est-à-dire un même numéro d'identification.

[56] Il est donc probable, selon l'expert, que le fait que deux copies sur cinq du même document n'aient pas été identifiées privilégiées résulte d'une intervention humaine dans le cadre du traitement de la preuve saisie par l'AMF. Dans l'éventualité où l'AMF n'a pas de « murs éthiques », le contenu des documents peut être parvenu à l'attention de ses enquêteurs ou de la poursuivante.

[57] De surcroît, l'expert a tenté de refaire l'exercice d'identification de documents privilégiés. Parmi la base de données divulguée aux défendeurs, l'expert a appliqué la liste des mots-clés utilisée par l'AMF. Selon l'expert, les résultats obtenus lors de cet exercice ciblent une multitude de documents qui ont été divulgués par l'AMF alors que ces derniers auraient dû être reconnus comme étant privilégiés. Ce sont ces constats qui ont mené le requérant Ahdoot (ainsi que l'ensemble des requérants) à conclure que le problème de traitement de documents privilégiés par l'AMF est systémique.

[58] Il y a lieu de rappeler que les pièces jointes au courriel privilégié se trouvent dans une autre divulgation, la DP-21. Encore une fois, ces copies de pièces jointes ont le même « ADN » que celles liées à l'échange du courriel privilégié.

[59] À l'égard de la divulgation de ces pièces jointes, une lettre du contentieux de l'AMF avait été transmise à l'ensemble des requérants le 20 décembre 2017¹⁶. La lettre mentionne que le contentieux a préparé le tableau de preuve menant aux pièces jointes sur lesquelles un privilège est revendiqué.

[60] La lettre indique que le tableau de preuve référant aux pièces jointes potentiellement privilégiées a été révisé par le contentieux de l'AMF. Les documents qui y sont indexés ont été jugés potentiellement pertinents avant d'être divulgués.

[61] Selon le requérant, par cette lettre, le contentieux admet avoir consulté les pièces jointes s'insérant dans le continuum des échanges privilégiés par le secret professionnel.

[62] Lors des représentations des parties, l'AMF a même admis que l'enquêteur a eu accès aux pièces jointes.

La preuve de l'AMF sur la requête Ahdoot

[63] L'AMF a appelé comme témoins messieurs Xavier St-Pierre, Manuel Gorcy et David Gallant, soit trois enquêteurs ayant procédé à la révision des documents à

¹⁶ Pièce R29 dans la requête de monsieur Ahdoot.

divulguer aux requérants dans le dossier dont le Tribunal est saisi. De plus, l'AMF a fait entendre monsieur Benoît Belhumeur, coordonnateur du laboratoire informatique de l'AMF et enquêteur en technologie de l'information. Ce dernier était appelé à titre de témoin ordinaire.

[64] Monsieur Belhumeur a relaté avoir vérifié l'ensemble des actions effectuées relativement aux documents privilégiés. Au courant de son témoignage, toutefois, il s'est ravisé et a mentionné avoir uniquement vérifié les prévisualisations (previews) ainsi que les ouvertures de documents de la base de données, laissant de côté les téléchargements.

[65] Ces vérifications partielles l'ont mené au constat qu'un enquêteur de l'AMF, Monsieur Gorcy, a ouvert une copie de l'échange courriel privilégié après que celui-ci ait été identifié privilégié par un autre enquêteur de l'AMF, monsieur St-Pierre.

[66] Monsieur St-Pierre a relaté qu'il n'a pas procédé lui-même à l'application des mots-clés permettant une analyse préliminaire des documents privilégiés. Ce travail revient aux enquêteurs en technologie de l'information. De façon générale, il pose une étiquette (tag) « privilégié » sur un document lorsqu'il s'aperçoit qu'il est possiblement assujéti à un privilège. Il ne lit pas le document dans son entièreté. Il a ajouté que la nature possiblement privilégiée d'un document est facilement décelable en lisant son entête ou ses premières lignes. Une fois que le document est étiqueté comme étant potentiellement privilégié, les mesures sont mises en place pour éviter sa consultation postérieure. Il ne relate jamais le contenu des documents identifiés privilégiés à d'autres personnes.

[67] Lorsqu'est évoqué l'échange courriel sujet à une revendication de privilège (« Questions for Hypertec » et pièces jointes), Xavier St-Pierre a répondu que « ça ne lui disait rien ».

[68] Lors de son témoignage, monsieur Gorcy n'est pas parvenu à expliquer pourquoi il a ouvert un document qui avait été préalablement identifié privilégié par monsieur St-Pierre. Il s'agirait, selon lui, d'une erreur. Il a relaté avoir consulté une centaine de documents lors de sa révision des documents à divulguer aux défendeurs. Il ne se rappelait pas d'avoir consulté un document en particulier ou d'avoir pris connaissance d'un document privilégié.

[69] Pour ce qui est de monsieur Gallant, l'enquêteur ayant préparé l'index d'une divulgation comprenant les pièces jointes attachées au courriel privilégié, il a relaté ne pas avoir analysé dans le détail les milliers de documents. Il a ajouté que la nature privilégiée d'un document pouvait être décelée à la suite d'une analyse succincte. Contrairement à la lettre transmise par l'AMF aux requérants le 20 décembre 2017, monsieur Gallant a raconté avoir préparé l'index de la DP21 après avoir analysé les documents. Il a admis avoir consulté les documents potentiellement privilégiés (les 16

documents portant le titre « Untitled »). Toutefois, ce dernier a affirmé ne plus se souvenir de leur contenu.

La preuve concernant la deuxième requête en arrêt des procédures présentée par l'ensemble des requérants (le retrait de 330 000 documents potentiellement privilégiés)

[70] La requête du requérant Ahdoot est présentée alors que plusieurs tiers formulent des revendications de privilèges concernant des documents divulgués par l'AMF.

[71] La divulgation de l'échange courriel portant sur la défense du requérant Ahdoot ne serait donc qu'une manifestation particulière des erreurs relatives au traitement des documents sujets à des revendications de privilège.

[72] Des tiers ont signifié une mise en demeure enjoignant l'AMF ainsi que l'ensemble des requérants à ne plus consulter la preuve provenant de perquisitions effectuées dans le cadre de l'enquête *Bronze*. Les tiers ont, par la suite, déposé une requête en entiercement en vertu de l'article 138 du *Code de procédure pénale* dans le présent dossier.

[73] Un protocole est intervenu entre l'AMF et les tiers ayant soumis des réclamations de privilèges. Le 15 mai 2018, l'AMF a transmis une lettre aux requérants, demandant la mise en quarantaine d'à peu près 330 000 documents potentiellement privilégiés.

[74] Ces documents ont été saisis à l'issue de perquisitions effectuées chez Robert Sigal, témoin de l'AMF dans cette affaire et son entreprise RBM. Ils proviennent, au surplus, de l'entreprise Hypertec, de monsieur Nathan Meirovici, d'un cabinet d'avocats, d'un cabinet de comptables et de monsieur Craig Levett.

[75] Les perquisitions menées au sein du cabinet d'avocats et chez monsieur Levett ont été soumises à un protocole de type *Lavallée*. Des documents identifiés privilégiés à la suite de ce protocole ont tout de même été divulgués par erreur aux requérants.

[76] Suivant le protocole conclu entre l'AMF et les tiers, les requérants doivent identifier les documents requis et les remettre à l'AMF alors qu'ils débutent la septième semaine de leur procès.

[77] Les 330 000 documents potentiellement privilégiés ont été identifiés par le biais de mots-clés par l'AMF. Ainsi, plusieurs documents réactifs aux mots-clés risquent de ne pas s'avérer privilégiés à la suite d'une analyse subjective. Les requérants ont souligné qu'ils seront privés de ces documents pertinents pour les 11 semaines de procès qui suivent, et ce, même si plusieurs documents ont répondu faussement aux mots-clés (false positives).

[78] À titre d'exemple, les requérants ont mentionné avoir utilisé des mots-clés afin de déterminer quels documents parmi les 128 000 éléments saisis auprès de monsieur

Meirovici, dont l'AMF demande la remise, pourraient s'avérer pertinents à leur défense. De ce nombre, 54 000 documents ont répondu aux recherches par mots-clés effectuées.

La position détaillée des parties

La position du requérant Ahdoot (allégation à l'effet que l'AMF a pris connaissance de documents privilégiés liés à sa défense)

[79] Le requérant Ahdoot a demandé un arrêt des procédures en raison de la présence de documents privilégiés parmi la preuve divulguée relative à l'enquête *Bronze*, enquête qui chevauche les faits du présent dossier¹⁷.

[80] Rappelons que les documents qualifiés de privilégiés par le requérant sont issus des éléments saisis chez l'entreprise Hypertec par l'AMF aux fins de l'enquête *Bronze*. En consultant le contenu de cette preuve divulguée au requérant, celui-ci a remarqué des copies d'un échange entre ses avocats et les avocats de l'entreprise Hypertec.

[81] L'échange visait la préparation d'un avis juridique pertinent à la défense du requérant dans le dossier dont le Tribunal est actuellement saisi. Il portait sur l'actionnariat d'Hypertec dans l'entreprise Amaya.

[82] Plusieurs pièces étaient jointes à l'échange courriel et les interlocuteurs réfèrent à leur contenu afin de répondre à des questions posées dans le but de préparer la défense du requérant.

[83] Selon le requérant, les pièces jointes de cet échange privilégié ont spécifiquement été retenues par l'AMF au regard de leur pertinence et ont été indexées et insérées dans une divulgation de la preuve, soit la DP21.

[84] Par la suite, trois copies complètes de l'échange ont été transmises aux défendeurs dans une divulgation subséquente, soit la DP26.

[85] Il est à noter que, selon un volet de la thèse de l'AMF, l'entreprise Hypertec aurait servi d'écran aux requérants Ahdoot et Baavoz pour l'acquisition d'actions de l'entreprise Amaya¹⁸.

¹⁷ Voir paragraphe 40 du jugement du 22 janvier 2018 quant aux distinctions entre l'enquête *Bronze* et l'enquête ayant mené à la signification du constat d'infraction dans le présent dossier : *Baavoz c. Autorité des marchés financiers, précité*.

¹⁸ Voir témoignage de monsieur Xavier St-Pierre rendu le 13 décembre 2017 dans le cadre de la première requête en arrêt des procédures.

[86] Le requérant a plaidé que l'AMF a consulté ces documents et que ces derniers ont contaminé sa preuve à charge. S'il témoigne dans le cadre sa propre défense, il encourt le risque d'être contre-interrogé par une partie qui a déjà eu l'occasion de prendre connaissance de sa stratégie et des éléments de sa défense. Un des principes les plus fondamentaux en droit criminel, a rappelé le requérant, est le droit pour un accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui¹⁹.

[87] Le requérant a allégué l'existence d'un problème systémique dans le traitement de la preuve ainsi que des privilèges liés aux documents saisis. Selon le requérant, le processus de révision de la preuve mené par l'AMF est teinté d'erreurs d'une telle gravité qu'elles lui causent un préjudice irrémédiable. Devant ces circonstances, le Tribunal n'a pas d'autre choix que de décréter l'arrêt des procédures.

[88] L'arrêt des procédures était également demandé pour préserver l'intégrité du système judiciaire. À cet effet, le requérant a insisté sur l'importance du privilège avocat-client à notre système de justice et à la responsabilité des tribunaux de prendre les mesures nécessaires pour le protéger²⁰. Le déroulement du procès, a insisté le requérant, ne va faire qu'aggraver ou perpétuer l'atteinte à l'intégrité du système judiciaire.

Position de l'ensemble des requérants liée à la deuxième requête (le retrait de 330 000 documents potentiellement assujettis à un privilège)

[89] Sur le retrait des 330 000 documents potentiellement privilégiés, l'ensemble des requérants ont maintenu qu'il y a eu atteinte à leurs droits à un procès équitable ainsi qu'une atteinte à l'intégrité du système de justice qui « sera révélé[e], perpétué[e] ou aggravé[e] par le déroulement du procès ou par son issue²¹ ».

[90] En ce qui concerne plus particulièrement l'équité du procès, leurs arguments se résument ainsi :

- *Retrait d'une preuve pertinente*
En plein milieu de procès, les requérants sont privés de 330 000 documents pertinents. À cet effet, ils ont rappelé que ces documents font partie d'une preuve (DP16, DP16.1 DP21, DP24 et DP26) qui fut divulguée à cause de sa pertinence aux moyens de défense des requérants.
- *Trial by ambush*
Les requérants ont ajouté que les documents que l'AMF cherche à mettre sous quarantaine étaient en possession de l'AMF depuis plusieurs mois (dans certains

¹⁹ Citant les propos de la Cour suprême dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 RCS 555, aux pages 577-578.

²⁰ Voir *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, par. 81

²¹ *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, par. 32 où la Cour cite *R. c. Regan*, [2002] 1 RCS 297, par. 54.

cas, presque deux ans). Comment peut-on s'assurer que la preuve ne servira pas à l'AMF? À cet effet, ils ont rappelé que l'engagement de l'AMF de ne pas se servir de la preuve recueillie dans *Bronze* se limitait à la preuve à charge. Toutefois, L'AMF s'est réservée le droit d'utiliser la preuve dans l'enquête « parallèle » pour contre-interroger les requérants ou pour présenter une contre-preuve.

En ce qui concerne le *Projet Cordon*, une autre enquête dite « parallèle » à la présente affaire, l'AMF n'a pris aucun engagement sur l'utilisation de la preuve recueillie, que ça soit lors de la présentation de la preuve à charge ou aux fins du contre-interrogatoire.

Pour les requérants, la preuve qu'on veut isoler pourrait s'avérer importante sur les choix stratégiques de leurs défenses, en particulier, sur le choix de témoigner ou non. La possibilité que l'AMF puisse se servir de l'information glanée des documents mis à l'écart pour contre-interroger les requérants pèse sur leurs têtes comme une épée de Damoclès. On risque, un « trial by ambush ».

- *Difficultés techniques de dissocier le « work product » des documents potentiellement privilégiés*
Les requérants ont maintenu que la mise en quarantaine des documents est difficilement réalisable. Ils ont déjà révisé la majorité des documents divulgués et les ont utilisés pour se préparer aux interrogatoires. Plusieurs mémorandums ou documents de travail ont été préparés à partir des renseignements qui n'étaient pas, à leur face même, privilégiés. Il est donc impossible pour les requérants de déterminer quelle partie de leur préparation provient d'un document dont l'AMF demande la quarantaine.
- *Difficultés techniques pour isoler les documents privilégiés*
Il serait difficile pour les avocats des requérants de retirer les documents potentiellement privilégiés de leurs bases de données informatiques. Cette difficulté résulte du fait que l'AMF et les requérants n'utilisent pas le même logiciel pour classer et organiser la preuve divulguée : l'AMF utilise la plateforme « Intella » alors que les avocats des requérants Baazov et Altman utilisent les logiciels « OpenText » et « Relativity » respectivement. Ainsi, les numéros « Intella » (fournies par l'AMF dans la lettre du 15 mai 2018 pour désigner les documents potentiellement privilégiés qu'il fallait retirer de la preuve) ne permettront pas aux requérants de facilement cibler et d'isoler de la preuve les documents potentiellement assujettis à un privilège. Pour reprendre les propos de Me Sophie Melchers, l'avocate du requérant Baazov, « ce n'est pas en claquant des doigts qu'on peut repérer la pièce à partir du numéro « Intella » de l'AMF ».

- *Surcharge de travail*
La divulgation tardive de la preuve a fait en sorte que les avocats des requérants ont été obligés d'absorber ou d'intégrer dans la préparation de la défense des milliers (sinon des millions de documents) à quelques mois du début du procès. Maintenant, en plein milieu de procès, ils doivent prendre le temps de trouver et d'isoler les documents potentiellement privilégiés alors que leurs énergies et ressources devraient être concentrées sur le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite.
- *Cumul des erreurs*
Selon les requérants, la mise en quarantaine de plus de 330 000 documents en plein milieu du procès découle d'erreurs répétées de l'AMF. Ils rappellent au Tribunal la divulgation tardive de milliers de documents pertinents ainsi que la divulgation erronée de 14 millions de documents non pertinents²².

Cette divulgation tardive a eu également comme conséquence de retarder le début du procès de plusieurs mois. Dans de telles circonstances, le rapport de la cause – un des remèdes proposés par l'AMF en l'espèce – n'est pas une solution adéquate.

[91] Pour les requérants, l'atteinte à un procès équitable sera révélée, perpétuée ou aggravée par le déroulement du procès ou par son issue. La seule solution est pour le Tribunal d'ordonner l'arrêt des procédures.

[92] Quant à la catégorie résiduelle pour ordonner l'arrêt des procédures (l'atteinte à l'intégrité du système judiciaire), les requérants ont soulevé les motifs suivants :

- *La gravité des erreurs commises par l'AMF et l'importance du privilège avocat-client pour notre système de justice*
Dans la présente affaire, la conduite fautive de l'AMF est composée, entre autres, d'erreurs répétées dans la divulgation de documents potentiellement assujettis au privilège avocat-client. Les requérants ont rappelé que ce privilège est une composante fondamentale de notre système de justice. À ce titre, l'AMF avait comme obligation de mettre en place des mesures adéquates afin de protéger et garder confidentiels les documents potentiellement assujettis audit privilège. Malheureusement, l'AMF a démontré une insouciance, pour ne pas dire une négligence, dans le traitement de la preuve potentiellement assujettie à la revendication d'un privilège.

La confiance du public dans l'administration de la justice, ont-ils maintenu, est minée lorsque le poursuivant ne prend pas les mesures les plus élémentaires pour éviter qu'on viole, à répétitions, le privilège avocat-client.

²² Voir *Baazov c. Autorité des marchés financiers*, supra.

- *L'impossibilité de faire abstraction de la preuve provenant de documents potentiellement privilégiés*

Depuis un certain temps, les avocats des requérants ont assimilé et intégré la preuve pertinente pour le procès. Il leur serait difficile—pour ne pas dire impossible—de faire abstraction de l'information qui provient de documents qu'on veut maintenant placer sous quarantaine. Pour reprendre les propos de Me Stéphanie Lapierre, une des avocates de monsieur Yoel Altman : « How can I quarantine my brain? ».

Puisque la preuve a été intégrée par les deux parties, il n'y a aucune façon efficace pour s'assurer que le privilège de l'avocat-client ne sera pas violé par la suite des procédures. Comment déterminer qu'une question posée par l'une ou l'autre des parties ne provient pas des 330 000 documents potentiellement privilégiés? Devant cette difficulté, l'atteinte au secret professionnel risque de se produire ou de se poursuivre par le déroulement du procès.

Position de l'AMF

—Accès aux documents du requérant Ahdoot

[93] En réponse à l'argument que l'AMF a eu accès à des documents privilégiés du requérant Ahdoot et, de ce fait, a compromis le droit de ce dernier à un procès équitable, l'AMF a fait valoir les arguments suivants :

- *Lesdits documents ne sont pas couverts par le privilège avocat-client ou par le privilège relatif au litige*

Plus précisément, on a invoqué que les documents en question ne reportent que des faits (l'actionnariat de Hypertec dans Amaya). En soi, aucun de ces documents n'est privilégié.

Un fait qui existe indépendamment de la communication ou du document n'est pas protégé par un privilège. Ainsi, un document qui n'est pas à la base privilégié ne le devient pas du seul fait qu'il est remis à un avocat. Dans ces circonstances, on ne peut pas reprocher à l'AMF le fait d'avoir visionné ou même consulté ces documents.

- *Absence de préjudice*

Advenant que le Tribunal arrive à la conclusion qu'un privilège se rattache auxdits documents, il n'y a aucune preuve à l'effet que les documents ont été consultés par l'AMF. Alors que le log « Intella » (la plateforme électronique de l'AMF) démontre que le document « Questions for Hypertec » a été visionné par monsieur St-Pierre et monsieur Gourcy, leur témoignage est à l'effet qu'ils ne scrutent pas le contenu d'un document potentiellement privilégié. Les deux hommes ont ajouté que le document « Questions for Hypertec » ne leur disait

absolument rien. Dans la même veine, il n'y a aucune indication qu'ils ont transmis l'information glanée de ce document à d'autres enquêteurs de l'AMF.

Puisque le document n'a jamais été consulté par un enquêteur ou par un procureur de l'AMF, les requérants ne peuvent pas prétendre avoir subi un préjudice quelconque. Les procureurs de l'AMF ont rappelé que le fardeau d'établir un préjudice à l'équité des procédures incombe au requérant.

- *Autres remèdes possibles*

L'arrêt des procédures est un remède de dernier ressort et ne doit s'appliquer que dans les cas les plus manifestes. En l'espèce, l'AMF était d'avis qu'une solution acceptable serait d'interdire à la poursuite tout usage des documents potentiellement privilégiés lors de sa preuve à charge et lors du contre-interrogatoire des témoins des requérants.

—Les 330 000 documents potentiellement privilégiés divulgués par erreur

[94] À propos des 333 000 documents potentiellement privilégiés qui ont été divulgués par erreur, l'AMF a fait valoir les arguments suivants :

- *Absence de préjudice*

L'AMF a plaidé que les requérants doivent faire la preuve d'un préjudice véritable quant à la possibilité de présenter une défense pleine et entière²³, ce qu'ils n'ont pas fait.

Malgré la mise en quarantaine des documents potentiellement privilégiés demandés depuis le 16 mai 2018, l'AMF a reproché aux requérants de ne pas avoir identifié un élément précis pertinent à leur défense.

- *Réduction dans le nombre de documents retirés de la preuve*

Selon les vérifications de l'AMF, en tenant compte des doublons, des fichiers vides et des éléments complètement sans pertinence, le nombre exact d'items potentiellement privilégiés à retirer se chiffre en fait à quelque 100 000 documents. Du point de vue préjudice, elle a considéré hypothétique le risque qu'un document devant être remis se révèle déterminant pour la présentation d'une défense pleine et entière.

- *La bonne foi*

Le traitement des privilèges est un processus qui peut s'avérer long et fastidieux et le problème des faux positifs existe dans l'application de tout protocole de type *Lavallée*. L'AMF a assuré avoir agi de bonne foi et avoir pris les mesures requises dès qu'elle fut informée de la divulgation par erreur de documents potentiellement privilégiés.

²³ R. c. Rice, 2018 QCCA 198, par. 143.

- *Les privilèges appartiennent aux tiers (standing)*
L'AMF a invoqué, par ailleurs, que les privilèges revendiqués appartiennent à des tiers et non aux requérants. De ce fait, les requérants n'ont pas le statut nécessaire (standing) pour plaider les irrégularités dans la façon que l'AMF a traité les privilèges des tiers.
- *Autres remèdes disponibles*
Sans admettre qu'il y a eu préjudice au droit des accusés à une défense pleine et entière, l'AMF a prétendu qu'une panoplie de remèdes s'offre au Tribunal avant même d'envisager l'arrêt des procédures. Parmi ces remèdes :
 - L'ajournement;
 - L'obtention d'une ordonnance de divulgation;
 - Empêcher la poursuivante d'utiliser ces nouveaux éléments de preuve dans le cadre de la présentation de sa preuve;
 - Exclusion des nouveaux éléments de preuve communiqués;
 - Permettre à la défense de rappeler des témoins à la barre pour les contre-interroger;
 - Report de la cause;
 - Remettre ou déplacer la déposition de certains témoins (Robert Sigal ainsi que son courtier, Paul Nahabedian), au mois d'août prochain.

Le droit applicable

La divulgation de la preuve (principes de base)

[95] Dans l'arrêt *Stinchcombe*²⁴, *supra*, la Cour suprême a établi que le ministère public est tenu de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents qui se trouvent en sa possession, peu importe qu'ils soient inculpatives ou disculpatoires²⁵. Essentiellement, une preuve est pertinente si elle peut être utile pour la défense :

...si les renseignements sont inutiles, on peut supposer qu'ils n'ont aucune pertinence et qu'ils seront en conséquence écartés par le ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si les renseignements présentent une

²⁴ *R. C. Stinchcombe*, [1991] 3 RCS 326.

²⁵ *Id.*, [1991] 3 RCS 326, p. 343.

certaine utilité, alors ils sont pertinents et c'est à la défense et non à la poursuite de décider s'il s'agit d'une utilité suffisante pour qu'ils soient produits en preuve²⁶.

[96] Dans l'arrêt *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la page 467, la Cour a précisé qu'une preuve est pertinente s'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements soient utiles au défendeur pour présenter une défense pleine et entière :

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense : s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué — *Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

[97] Toutefois, la règle sur la divulgation de la preuve n'est pas absolue. Dans le passage suivant de l'arrêt *Stinchcombe*, la Cour a expliqué que le ministère public peut refuser ou reporter la divulgation au motif que les documents sollicités n'ont manifestement aucune pertinence ou sont privilégiés :

Comme je l'ai déjà indiqué, toutefois, cette obligation de divulguer n'est pas absolue. Elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général, lequel pouvoir s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment de cette divulgation. Par exemple, il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret. En ce qui concerne les indicateurs, le ministère public a l'obligation de taire leur identité. Dans certains cas, la personne qui a fourni des éléments de preuve ou des renseignements dans le cadre de l'enquête peut subir, en conséquence, un préjudice grave et même des lésions corporelles. La dure réalité de la justice veut que toute personne disposant d'éléments de preuve pertinents finisse par comparaître pour témoigner, mais le pouvoir discrétionnaire s'exerce en pareil cas pour déterminer le moment et la forme de la divulgation. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence de renseignements. Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence. La pratique dans le domaine civil nous enseigne qu'on peut compter sur les avocats, en leur qualité d'officiers de justice agissant de façon responsable, pour accepter de divulguer des renseignements pertinents. Les manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique. C'est donc au substitut du procureur général qu'il incombe avant tout de séparer "le bon grain de l'ivraie". Il peut aussi y avoir des situations où la divulgation prématurée pourra peut-être retarder la fin de l'enquête. Pourtant, retarder la communication de la preuve pour ce motif est une pratique

²⁶ Id., p. 345.

qu'il ne faut pas encourager et à laquelle on devrait rarement recourir²⁷.
(Soulignés ajoutés)

[98] La Cour d'appel de l'Ontario, dans la décision *R. v. Jackson*, fait état de la définition du terme « pertinence » :

Relevance is not a legal concept. It is a matter of everyday experience and common sense. It is not an inherent characteristic of any item of evidence. Some have it. Others lack it.

Relevance is relative. It posits a relationship between an item of evidence and the proposition of fact the proponent of the evidence seeks to prove (or disprove) by its introduction. There is no relevance in the air: *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89 (CanLII), 267 C.C.C. (3d) 16, at paras. 204-5.

Relevance is also contextual. It is assessed in the context of the entire case and the positions of counsel. Relevance demands a determination of whether, as a matter of human experience and logic, the existence of a particular fact, directly or indirectly, makes the existence or non-existence of another fact more probable than it would be otherwise: *R. v. Cloutier*, 1979 CanLII 25 (SCC), [1979] 2 S.C.R. 709, at p. 731.

The law of evidence knows no degrees of relevance, despite the frequent appearance of descriptives like “minimally, marginally or doubtfully”, “tangentially” and “highly” that tag along for the ride from time to time²⁸.

[99] En résumé, le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Pour justifier toute non-divulguation, le ministère public doit invoquer l'application d'une exception à cette règle générale²⁹.

— *Divulguation de la preuve visant des documents extérieurs au dossier d'enquête*

[100] L'arrêt *McNeil*³⁰ précise que les fruits de l'enquête se rattachent uniquement aux documents se rapportant à la cause de l'accusé. Par conséquent, le poursuivant n'a pas l'obligation de s'enquérir auprès de chacune des entités de l'État pour satisfaire ses devoirs en matière de divulgation de la preuve.

²⁷ Id., p.339.

²⁸ *R. v. Jackson*, 2015 ONCA 832, par 120-123.

²⁹ *Stinchcombe*, précité, aux pp. 340-341 et *Egger*, précité, aux pp. 466-467.

³⁰ 2009 CSC 3.

[101] Par ailleurs, la preuve se situant à l'extérieur des fruits de l'enquête et étant issue d'une enquête parallèle ne fait pas partie, de façon automatique, de l'obligation de divulgation de la poursuite au sens de l'arrêt *Stinchcombe*³¹.

[102] Cet état de fait n'a toutefois pas pour conséquence d'empêcher la divulgation d'informations issues d'une enquête parallèle en tout temps. Dans *R. v. Ahmad*, le juge Dawson a mentionné que :

[19] In my view, a reading of *McNeil* as a whole demonstrates that the *Stinchcombe* disclosure scheme is one which relates to the fruits of a police or similar investigation undertaken as the foundation for a particular prosecution. This does not mean that information in the hands of a parallel investigator will not be disclosed, simply that the prosecuting Crown will not bear the initial disclosure burden under *Stinchcombe*.³² (Souligné ajouté)

[103] Ainsi, bien que non compris par l'obligation initiale de divulgation des fruits de l'enquête incombant au ministère public, les éléments relevant d'une enquête parallèle peuvent faire l'objet d'une divulgation selon les circonstances particulières d'un dossier.

[104] L'affaire *R. v. Malik*³³ constitue l'exemple d'une affaire où la divulgation d'éléments recueillis par le biais d'une enquête parallèle s'est révélée nécessaire. Dans le cadre d'une requête en divulgation de preuve, la poursuite admet que ses obligations de divulgation comprennent les éléments pertinents provenant de l'enquête parallèle auxquels elle a eu accès:

[10] Despite raising this issue, the Crown then fairly conceded that, as a result of an access agreement between C.S.I.S. and the R.C.M.P. which was crystallized in a letter between the Director of C.S.I.S. and the Solicitor General of Canada in early 1987, it is clear that the R.C.M.P. (and thus the Crown) have had unfettered access to all relevant information in the files of C.S.I.S. and, therefore, the *Stinchcombe* standard of disclosure applies³⁴.

[105] La Cour dans *Malik* a pris acte de cette admission et a ordonné la divulgation d'éléments de preuve provenant de l'enquête parallèle suivant les paramètres de l'arrêt *R. v. Stinchcombe*³⁵.

[106] L'arrêt *Guité c. R.* de la Cour d'appel traite également de la divulgation d'éléments de preuve issus d'une enquête parallèle. La requête de la défense se fondait sur le fait qu'une enquête de la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) et de la Sûreté du Québec (SQ) était tenue en parallèle avec les audiences de la Commission

³¹ *Guité c. R.*, 2008 QCCA 1433, par. 50 ; *R. v. Nuttal*, [2015] B.C.J. no. 1394, par. 36-40 ; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84776 (ON SC), par. 19-21.

³² *R. v. Ahmad*, *supra*, à la note 25.

³³ [2002] B.C.J. no. 3219 (S.C.).

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*, par. 14.

Gomery. Ainsi, tous les rapports évolutifs de l'enquête étaient demandés, et ce, pour tous les corps policiers ayant travaillé à l'enquête.

[107] La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès qui a rejeté la requête en divulgation au motif de son imprécision et de son caractère vague :

[54] [...] À plusieurs reprises, le juge du procès s'est enquis des renseignements et documents exigés par la défense, et celle-ci a persisté dans sa demande formulée de façon générale, insistant sur la pertinence de toute l'enquête parallèle au motif qu'il s'agissait de contrats de commandites intimement liés à ceux sur la recherche visant à établir un plan de communication du programme.

[55] Il est vrai que le processus d'octroi des contrats est, à plusieurs égards, similaire d'un dossier à l'autre, mais les parties aux contrats n'étaient pas les mêmes, sauf pour l'appelant en sa qualité de directeur général aux Travaux publics. Il ne faut pas perdre de vue que le but de divulgation de la preuve est de faire en sorte qu'un accusé connaisse la preuve qui sera présentée contre lui pour qu'il soit en mesure de bien préparer sa défense : *R. c. Stinchcombe*, 1991 CanLII 45 (CSC), [1991] 3 R.C.S. 326.

[56] De fait, si la poursuite a en sa possession des éléments de preuve pertinents à l'égard de la défense de l'accusé, elle doit les divulguer.

[57] Or, en l'espèce, la poursuite a déclaré qu'aucun document ou déclaration obtenu dans le cadre de l'enquête parallèle en cours n'était pertinent aux accusations. Les deux policiers chargés de l'enquête ont témoigné dans ce sens.
(Soulignés ajoutés)

[108] La Cour d'appel n'a pas rejeté l'appel du simple fait que les éléments recherchés provenaient d'une enquête parallèle, mais bien parce qu'ils n'ont aucune pertinence pour le dossier dont elle est saisie. De plus, la juge Lise Côté a pris soin de rappeler que les éléments de preuve pertinents à l'égard de la défense d'un accusé doivent être divulgués.

[109] Justement, dans un cas où la poursuite admet que des informations provenant d'une enquête parallèle ne sont pas complètement dépourvues de pertinence, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a ordonné la divulgation d'un renseignement provenant d'une enquête séparée.

[110] La juge Sulyma conclut que le renseignement réclamé était suffisamment relié aux questions en litige dans le dossier dont elle était saisie :

[48] The Crown has acknowledged for disclosure purposes that the information is not clearly irrelevant. However, the Crown's position is that applying the appropriate test of divisibility for the purposes of disclosure that this information was not obtained in or created for the investigation or prosecution before the Court. It is information outside the investigation and not fruits of the investigation.

[49] The Defence responds by noting the material is not clearly irrelevant and that applying the “sufficiently related” test is appropriate in this case and on that basis the information is disclosable.

[50] My review of the numerous authorities presented to the Court in this application leads me to conclude that the issue of indivisibility is dependent on the facts and actual circumstances of a particular case. Further as stated by Bennett, J. in *R. v. Basi* (supra) the context of the disclosure application is critical to understanding why the defence makes certain requests for disclosure.

[51] In this case, the Crown admits the information is not clearly irrelevant, that it is information related to the “character, credibility and ability of Cst. Gillespie to carry out his duties during his involvement in the investigation”. Given that statement by the Crown, I conclude it is not appropriate to apply the very narrow test for divisibility urged by the Crown. That is, that only material obtained in or created for the investigation or prosecution before the Court is subject to *Stinchcombe*.

[52] I agree with the submission of the Defence here that apparent inconsistencies in the approach various courts have taken to this issue is a reflection that the issue is fact driven. In my view, the appropriate approach to divisibility here is that urged by the Defence. That is, for the Court to apply a test of determining whether the material is “sufficiently related” to the investigation or to an issue at trial. In doing so, I find assistance in the comments of Justice L’Heureux-Dubé in *O’Connor* which articulate relevance of records to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the person who is the subject of records. I further conclude that Justice Watt in *R. v. Bottineau* (supra) applied this “sufficiency related” test, as did Justice Hillier in *R. v. Mack* (supra) and Justice Macklin in *R. v. Smith* (supra)³⁶. (Soulignés ajoutés)

[111] La juge Sulyma a référé à plusieurs décisions ayant conclu que des renseignements provenant d’une enquête parallèle ou d’un dossier disciplinaire étroitement liés aux faits d’une affaire sont sujets à divulgation conformément aux critères de l’arrêt *Stinchcombe*³⁷.

[112] Les demandes de divulgation de la preuve qui ne font pas partie des fruits de l’enquête mettent à l’épreuve les limites du seuil de pertinence décrites par la Cour dans *Stinchcombe*. Surtout, il faut éviter que les demandes de divulgation irréfléchies, formulées dans des termes vagues et imprécis, ne deviennent que des expéditions de pêche. Comme l’a expliqué le juge Doherty dans *R. v. Girimonte*, 1997 CanLII 1866 (ON CA), des demandes frivoles visant à tout faire sortir sont abusives et font perdre le temps précieux de la Cour :

³⁶ *R. v. Lee*, 2007 ABQB 454.

³⁷ *R. v. Smith*, [2007] A.J. No. 300, par. 33 (Alta Q.B.); *R. v. Qappik*, [2005] Nu.J. No. 18 (Nu. Ct.J.) par. 38-40; *R. v. Thibeault*, [1997] B.C.J. No. 3080, par. 27 (B.C. Prov. Ct.); *R. v. R.L.F.*, [2003] A.J. No. 1449 (Alta. Prov. Ct.), par. 30.

Disclosure demands which are no more than "fishing expeditions", seeking everything short of the proverbial kitchen sink undermine the good faith and candour which should govern the conduct of counsel. For example, counsel's demand for "documentation from personnel files" of all Canadian and American police officers involved in the investigation can only be described as frivolous and abusive. No reasonable person would suggest that personnel records of all police officers involved in a criminal investigation must be turned over to the defence at the outset of a prosecution. It would be obvious to anyone that the prosecution would resist compliance with such a far-fetched demand. Disclosure demands like some of those made in this case seem calculated to create needless controversy and waste valuable resources rather than to assist the accused in making full answer and defence.

[113] Dans des dossiers d'envergure où le volume de documents à traiter est énorme, on a parfois l'impression que la divulgation de la preuve devient un but en soi. Rappelons que la divulgation de la preuve a comme objectif un procès équitable pour l'accusé. Un Tribunal ne peut pas permettre que l'appareil judiciaire soit inutilement encombré ou détourné par des demandes de divulgations frivoles ou inappropriées. Il ne faut pas, non plus, que ces demandes futiles servent comme prétexte pour demander l'arrêt des procédures : c'est-à-dire, à la moindre erreur de la poursuite, on déchire sa chemise et on crie haut et fort que le droit de l'accusé à un procès équitable a été irrémédiablement compromis.

[114] Dans la cause sous étude, il y a lieu de souligner que c'est l'AMF elle-même qui a divulgué les documents pertinents provenant de l'enquête *Bronze* (DP16 et DP16.2). Par la suite, le Tribunal a accédé à plusieurs demandes de divulgation relative aux enquêtes « parallèles » *Bronze* et *Cordon* lorsque la pertinence des informations recherchées avait été démontrée.

[115] Ensuite, le travail des procureurs des requérants lors du contre-interrogatoire des témoins de l'AMF ne laisse pas de doute que la preuve divulguée a été scrutée à la loupe. À maintes reprises, des documents ou des courriels puisés de la preuve volumineuse ont servi pour alimenter un contre-interrogatoire minutieux et serré desdits témoins. Il n'y avait rien d'improvisé.

—*Obligation de la poursuite d'organiser la preuve et de la divulguer en temps opportun*

[116] Lorsque le ministère public entame une poursuite complexe, il a l'obligation d'élaborer un plan concret afin de réduire au minimum les délais occasionnés par cette complexité³⁸. Dans *R. c. Bordo*, 2016 QCCS 477 (CanLII), le juge Cournoyer a expliqué que ce plan concret doit inclure une divulgation de la preuve qui est accessible, facilement consultable et inventoriée de façon appropriée lorsque le volume de la preuve l'exige :

³⁸ *R. c. Jordan*, [2016] 1 RCS 631, par. 79.

As noted by the Court of Appeal in *R. v. Auclair*, "the prosecution must ensure that it is prepared to proceed within a reasonable time and that it has a plan. The expectation is "a well thought-out plan" in order "to bring proceedings to completion." The case management judge must ensure that trials are "held under acceptable conditions. But it must be remembered that "courts cannot base their management decision on a lack of planning" by the prosecution. (par. 195)

In short, as the Supreme Court stated in its judgment upholding the decision of the Court of Appeal, the prosecution must have "a realistic plan for taking [...] charges to trial and conducting the trial within a reasonable time." (par. 197)

There is also a consensus that no manageable trial may be held unless a number of conditions are present. Timely disclosure has to be provided. Disclosure should be accessible, searchable and appropriately inventoried where the volume of disclosure warrants it. (par. 198) (Notes de bas page omises). (Souligné ajouté)

[117] Dans *Jordan*, lorsque la Cour discute du changement de mentalité imposé par le nouveau cadre d'analyse et de la nécessité de coordonner les efforts de tous les intervenants, elle explicite ainsi ses attentes envers le ministère public :

Pour l'avocat du ministère public, cela signifie qu'il devra prendre des décisions raisonnables et responsables lorsqu'il s'agira de déterminer qui — et pour quelle infraction — poursuivre, de s'acquitter de ses obligations de communication de la preuve rapidement en collaboration avec la police, d'établir des plans pour les poursuites complexes et d'utiliser de façon efficace le temps du tribunal³⁹. (Souligné ajouté)

[118] L'obligation de la poursuite de divulguer la preuve ne peut constituer un événement imprévisible ou inattendu. Dans *R. v. Keyes*, 2017 ONCJ 5 (CanLII), au paragraphe 38, le juge Melvyn Green a rappelé que c'est la poursuite qui a la capacité d'administrer et de contrôler la divulgation de la preuve. De ce fait, il n'appartient pas à la Cour d'excuser les manquements de la poursuite dans l'exécution de ses devoirs constitutionnels en traitant des erreurs de routine comme des circonstances exceptionnelles :

There may well be occasions – last-minute witnesses, sudden recantations, fresh forensics, for but a few examples – when late disclosure proves unforeseen or unavoidable. For the most part, however, disclosure, and its timing, is a matter entirely within the Crown's control. There is always a risk of oversight or mistake in the provision of disclosure, even one that may imperil a prosecution, but the risk is both foreseeable and avoidable. The obligation to make complete and opportune disclosure is within the administrative capacity of the Crown's office. It is the Crown's job to monitor and manage the process of disclosure. It is not the court's function to excuse the Crown's miscarriage of its constitutional duties by elevating routine "mistakes" into exceptional circumstances". Such an approach

³⁹ Id. par. 138.

would only condone, even encourage, the very trial delays Jordan is at pains to diminish if not eliminate.

[119] Des propos semblables ont été tenus par le Juge Daniel Bédard dans, *R. c. Giroux*, 2017 QCCQ 7375 (CanLII), au paragraphe 53 :

L'obligation de divulgation de la poursuite est une obligation continue soit, mais qui doit avoir une fin et cette fin doit arriver au moment opportun, c'est-à-dire plus proche dans le temps, de la date de la dénonciation que de la date du procès. C'est la poursuite qui, sous réserve d'une ordonnance du Tribunal, gère et contrôle la communication de la preuve et c'est donc elle qui se voit imputer ses délais pour toute lacune ou tout manquement à l'exécution de son obligation.

[120] Lorsque le dépôt des accusations est précédé par une enquête de longue haleine, on peut présumer que le ministère public avait le temps nécessaire pour ramasser, classer et divulguer la preuve en temps opportun. Une divulgation parcellaire et désordonnée de la preuve suppose l'absence d'un plan concret de la part du ministère public et les retards. Comme l'a expliqué le juge Bédard aux paragraphes 60 à 63 dans *Giroux*:

Sans simplifier à l'extrême, en droit criminel il y a des accusations qui sont suivies d'une enquête et il y a des enquêtes qui sont suivies d'accusations. Par exemple, un meurtre commis en plein jour, en public qui mène à une arrestation la journée même et donc une enquête qui commence dès la commission du crime.

Et il y a l'enquête qui précède l'accusation. Donc une enquête qui peut être de longue haleine, avec des outils à la disposition de l'État qu'elle utilise pour mener à bien son enquête. Dans ce cas, lorsque l'accusation est portée, la cueillette et l'analyse des éléments recueillis doivent être terminées, puisqu'il y a une accusation. Comment pourrait-on accuser une personne, si l'analyse de la preuve n'est pas complétée ?

À moins de circonstances particulières ou exceptionnelles, lorsque l'enquête précède l'accusation, la poursuite doit être prête, avec un plan concret, un échéancier et une stratégie. Ce qui précède suppose une divulgation ordonnée, structurée et opportune. Sinon elle court le danger de se retrouver à la remorque d'une défense qui agit avec insistance, empressement et célérité. Ce qui est la situation dans la présente affaire.

Lorsque l'État porte des accusations dont la gravité objective est élevée, des accusations qui résonnent fort dans l'oreille publique, des accusations qui ont, entre autres, un impact économique, sérieux, grave et immédiat pour les personnes accusées, il doit après quatre d'enquêtes, être prêt. Rien de moins. (Soulignés ajoutés)

[121] On ne peut pas attribuer à un accusé les délais résultant de demandes légitimes en vue de répondre aux accusations⁴⁰.

Le privilège relatif au secret professionnel de l'avocat

—*Le contenu*

[122] Le secret professionnel de l'avocat vise à interdire la divulgation de toute communication échangée entre un avocat et un client — voulue confidentielle par ce dernier et faite dans le but légitime d'obtenir de l'aide ou des conseils professionnels licites — sauf si le client renonce à cette protection ou qu'une exception reconnue s'applique⁴¹.

—*L'étendue du privilège*

[123] Le secret professionnel entre client et avocat constitue un des privilèges les plus anciens et les plus puissants reconnus dans la jurisprudence⁴²https://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2016/2016qccq12090/2016qccq12090.html?searchUrlHash=AAAAAQAMa2l0Y28gbWFzY2lhAAAAAAE&resultIndex=2 - _ftn29. D'abord une simple règle de preuve, le droit d'une personne de communiquer en toute confidentialité avec un conseiller juridique s'est transformé au fil des ans en une règle de fond⁴³https://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2016/2016qccq12090/2016qccq12090.html?searchUrlHash=AAAAAQAMa2l0Y28gbWFzY2lhAAAAAAE&resultIndex=2 - _ftn30. Sous ce rapport, le secret professionnel revêt une grande importance, peu importe la nature ou le contexte de l'avis juridique sollicité.

[124] À maintes reprises, la Cour suprême du Canada a insisté sur l'étendue et la primauté du secret professionnel de l'avocat. Dans un passage souvent cité de l'arrêt *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, au paragraphe 35, la majorité de la Cour suprême a écrit que :

...le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent. Par conséquent, il ne cède

⁴⁰ *R. c. Jordan*, précité, par. 65.

⁴¹ *R. c. Youvarajah*, [2013] 2 RCS 720, par. 122.

⁴² *R. v. McClure*, [2001] 1 SCR 445, par. 45 où la Cour a regroupé le privilège relatif au secret professionnel avec le privilège de l'indicateur.

⁴³ *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, pp. 875-876; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574, par. 10); *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, par. 28.

le pas que dans certaines circonstances bien définies et ne nécessite pas une évaluation des intérêts dans chaque cas.

[125] Dans la même veine, la Cour suprême dans *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, *supra*, a confirmé que le privilège avocat-client doit être quasi absolu et que les exceptions seront rares. Après avoir repris, *in extenso*, les extraits pertinents de sa décision antérieure dans *McClure*, elle a ajouté que :

En effet, le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence. Par conséquent, je suis d'avis que la Cour est tenue d'adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection.
(par. 36)

[126] La protection rigoureuse dont bénéficie le secret professionnel de l'avocat est fondée sur les besoins fonctionnels de l'administration de la justice. Vu sa complexité, le système juridique nécessite une expertise professionnelle⁴⁴. Le client doit sentir qu'il peut s'exprimer librement et en toute franchise au sujet de ce qui le préoccupe et qu'il bénéficie d'une protection à cet égard pour que le système de justice puisse bien fonctionner⁴⁵. Comme l'a dit le juge Major dans l'arrêt *R. c. McClure*, *supra*, au paragraphe 31 :

[I]es rapports importants qui existent entre un client et son avocat ne se limitent pas aux parties et font partie intégrante des rouages du système juridique lui-même⁴⁶.

Le privilège relatif au litige

[127] Le privilège relatif au litige s'applique à toutes les communications et au produit du travail de l'avocat préparé essentiellement aux fins d'un litige réel ou envisagé ou du règlement extrajudiciaire d'un différend. Il peut englober les communications entre un avocat et des tiers, tel un témoin expert.

[128] Le privilège a pour objet d'assurer l'efficacité du processus contradictoire par la création d'une « zone de confidentialité », c'est-à-dire pour bien remplir son rôle, l'avocat doit pouvoir agir en toute liberté, sans être forcé de révéler à la partie adverse les informations confidentielles⁴⁷.

⁴⁴ *R. c. Campbell*, [1999] 1 RCS 565, par. 49.

⁴⁵ *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 RCS 809, par. 14 où la Cour réfère à sa décision dans *Smith c. Jones*, [1999] 1 RCS 455, par. 46.

⁴⁶ Le souligné de l'extrait a été ajouté dans la décision de *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, [2015] 1 RCS 401, par. 82.

⁴⁷ *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, par. 34 et également au par. 28 où la Cour cite avec approbation les propos de R. J. Sharpe (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario) dans *Claiming Privilege in the Discovery Process, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, p. 164-165.

[129] Depuis la décision de la Cour suprême dans *Lizotte c. Aviva Insurance Company of Canada*, [2016] 2 SCR, le privilège relatif au litige est élevé au rang de privilège générique—tout comme le privilège relatif au secret professionnel de l'avocat. À ce titre, le privilège relatif au litige est sujet à des exceptions clairement définies, et non à une mise en balance au cas par cas. Comme l'a expliqué la Cour, au paragraphe 36 :

Ainsi, bien que le privilège relatif au litige se distingue du secret professionnel de l'avocat puisqu'il vise à faciliter un processus, celui du procès contradictoire (Blank, par. 28, citant Sharpe, p. 164-165), et non à protéger une relation, il constitue néanmoins un privilège générique. Il est reconnu par la common law et il fait naître une présomption d'inadmissibilité pour une catégorie de communications, soit celles dont l'objet principal est la préparation d'un litige (Blank, par. 60).

Le privilège d'intérêt commun

[130] Généralement, le fait de partager une communication ou une information privilégiée avec un tiers constitue une renonciation au privilège. De toute évidence, la divulgation d'une communication privilégiée à un tiers n'est pas compatible avec le concept de la confidentialité.

[131] Toutefois, dans le contexte d'un litige (ou en prévision d'un litige), il arrive que les parties aient un intérêt commun qui rend nécessaire l'échange d'informations entre elles. Afin d'avancer l'objectif ou l'intérêt commun des parties, les informations échangées sur le sceau de confidentialité sont protégées par le privilège d'intérêt commun. Le partage d'informations protégées par ce privilège n'entraîne pas la perte de la protection de ces informations.

[132] Dans l'affaire *Griffiths McBurney & Partners v. Ernst & Young YBM Inc.*, 2000 ABCA 284, le privilège d'intérêt commun fut décrit comme une extension du privilège relatif au litige qui protège le caractère confidentiel d'informations privilégiées échangées avec des tiers ayant un intérêt commun dans l'affaire. En échangeant l'information, les parties ne renoncent pas au privilège :

Common interest privilege extends the litigation privilege where the document or information has been shared with a third party (other than the client and the lawyer) provided that third party has a common interest with the client in the same anticipated or current litigation. This general principle was first articulated in *Buttes Gas and Oil v. Hammer* (No. 3) [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.) where Denning, L.J. stated that it is a privilege in aid of anticipated litigation where several person have a common interest. They independently may prepare documents for their own lawyer. The exchange of those documents among and between those having a common interest does not operate to waive the litigation privilege. (par. 18)

[133] Dans l'affaire *Iggillis Holdings Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 51 (CanLII), la Cour d'appel fédérale a conclu à l'absence de renonciation au secret

professionnel de l'avocat lorsqu'un avis fourni à l'une des parties est communiqué sous le sceau de la confidentialité à d'autres parties ayant un intérêt commun :

Based on the décisions of the courts in Alberta and British Columbia, solicitor-client privilege is not waived when an opinion provided by a lawyer to one party is disclosed, on a confidential basis, to other parties with sufficient common interest in the same transactions. This principle applies whether the opinion is first disclosed to the client of the particular lawyer and then to the other parties or simultaneously to the client and the other parties. In each case, the solicitor-client privilege that applies to the communication by the lawyer to his or her client of a legal opinion is not waived when that opinion is disclosed, on a confidential basis, to other parties with sufficient common interest in the same transactions.

L'exception quant aux faits

—Le principe général

[134] Le privilège relatif au secret professionnel ne s'attache pas véritablement à une information, mais plutôt à une confiance. Ainsi, n'est pas protégé par le privilège un fait qui existe indépendamment de la communication ou de la confiance faite par le client à son avocat. Dans *Société d'énergie Foster Wheeler Itée*, la Cour suprême a donné l'exemple suivant pour illustrer la distinction :

En effet, en dépit de l'intensité de l'obligation de confidentialité et de l'importance du secret professionnel, celui-ci ne couvre pas nécessairement tous les faits ou tous les événements que constate l'avocat au cours de l'exécution de son mandat. Le régime juridique du secret professionnel ne le dispense pas non plus en toutes circonstances de témoigner sur des faits impliquant ses clients. Passager dans une automobile en discussion avec son client, il ne serait pas admissible à témoigner sur l'opinion qu'il lui donnait alors, mais pourrait être forcé de rendre témoignage sur l'excès de vitesse qui aurait provoqué une collision. On doit alors rechercher une méthode d'analyse respectueuse du secret professionnel qui permette de résoudre ce genre de difficultés⁴⁸.

[135] Le privilège couvre également toute communication entre l'avocat et le client qui fait partie d'un continuum de communications visant à les tenir tous deux informés afin que le conseil juridique puisse être requis et rendu :

Privilege obviously attaches to a document conveying legal advice from solicitor to client and to a specific request from the client for such advice. But it does not follow that all other communications between them lack privilege. In most solicitor and client relationships, especially where a transaction involves protracted dealings, advice may be required or appropriate on matters great or small at

⁴⁸ *Société d'énergie Foster Wheeler Itée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 RCS 456, par. 39.

various stages. There will be a continuum of communication and meetings between the solicitor and client. The negotiations for a lease such as occurred in the present case are only one example. Where information is passed by the solicitor or client to the other as part of the continuum aimed at keeping both informed so that advice may be sought and given as required, privilege will attach. A letter from the client containing information may end with such words as "please advise me what I should do." But, even if it does not, there will usually be implied in the relationship an overall expectation that the solicitor will at each stage, whether asked specifically or not, tender appropriate advice. Moreover, legal advice is not confined to telling the client the law; it must include advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context⁴⁹.
(Soulignés ajoutés)

[136] Le privilège peut ainsi s'attacher et protéger de l'information factuelle, financière et administrative transmise par le client à l'avocat afin de permettre à ce dernier de le conseiller :

[46] Further, the application of solicitor-client privilege is very broad and includes not just the provision of "legal advice" but also the protection of factual, financial and administrative information provided to legal counsel, for the purpose of allowing legal counsel to give legal advice (so long as the advice is not purely business advice). It is not necessary that the communication specifically request or offer advice, as long as it can be placed within the continuum of communications in which the solicitor tenders advice. The privilege applies when a lawyer negotiates a commercial transaction (such as a share structuring agreement), draws up contracts or communicates with a client in the course of a transaction. Again, no evidence before the learned Master contradicted Eisen's sworn discovery testimony that his communications with Stikeman about the Shareholders' Agreement were for the purpose of receiving legal advice.⁵⁰
(Souligné ajouté)

[137] L'arrêt *Maranda c. Richer*, [2003] 3 RCS 193, a précisé que la distinction tracée entre les faits et la communication vise à éviter que des faits possédant une existence autonome ne puissent être mis en preuve, notamment dans les cas où l'avocat agit comme simple intermédiaire⁵¹. Or, la Cour suprême met en garde quant à la fragilité de cette distinction et aux risques d'affaiblissement du privilège associés à son emploi⁵². Ainsi, la Cour a tranché qu'il n'y a pas lieu de faire la distinction entre un fait et une communication pour déterminer si le privilège de l'avocat peut s'appliquer à une facture d'avocat. La constitution du fait—qui serait le compte d'honoraires—découle de la relation entre l'avocat et le client. Dans cette optique, il n'est pas facile de séparer le fait—la facture—de l'information privilégiée.

⁴⁹ *Balabel v. Air India*, [1988] Ch 317, [1988] 2 All E.R. 246 at p. 254 (C.A.) cité par *The Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112, par. 26.

⁵⁰ *Currie v. Symcor Inc.*, 2008 CanLII 37901 (ON SCDC).

⁵¹ *Maranda*, précité, par. 30.

⁵² *Id.*, par. 30-31.

[138] Dans *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 RCS 336, la Cour a réitéré l'enseignement de sa décision antérieure dans *Maranda, supra*, à l'effet qu'il « n'est pas approprié de fixer une délimitation stricte entre les communications qui sont protégées par le secret professionnel et les faits qui ne le sont pas⁵³

https://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2016/2016qccq12090/2016qccq12090.html?searchUrlHash=AAAAAQAMbWFzY2IhIGtpdGNvAAAAAAE&resultIndex=2 - _ftn46». Dès qu'une relation professionnelle légitime s'établit entre un professionnel du droit et un client, tous les gestes et documents ainsi que toutes les informations sont présumés couverts par le secret professionnel : Un fait d'apparence neutre—telle une information comptable qui ne comporte aucune description—peut « parfois en dire long sur une communication » :

Dans *Maranda*, notant l'importance des renseignements qui peuvent être tirés d'informations apparemment aussi neutres que le montant des honoraires versés par un client, la Cour conclut que « le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d'information protégé » (par. 33). La Cour reconnaît ainsi que, même lorsqu'une information de nature comptable ne comporte aucune description de tâche, sa divulgation peut à elle seule révéler de l'information confidentielle et privilégiée. (par. 72)

—*L'obligation de la poursuite de protéger les privilèges*

[139] Il importe de souligner que dans un contexte de divulgation, « il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret⁵⁴ ». La lourde responsabilité de protéger les renseignements protégés par le secret professionnel repose donc sur le poursuivant lors de l'exécution de son obligation constitutionnelle de divulgation.

[140] Des divulgations par inadvertance peuvent advenir. Cependant, une abondante jurisprudence appuie l'idée voulant qu'une divulgation par inadvertance n'entraîne pas la renonciation au privilège⁵⁵.

[141] L'arrêt *Chapelstone* conclut, à titre d'exemple, que la divulgation par erreur d'une lettre n'entraîne pas la levée du secret professionnel à l'égard des renseignements auxquels elle renvoie :

[59] Pour conclure, la divulgation par inadvertance de la lettre d'opinion (communication protégée) de M^e Leslie ne constitue pas une renonciation tacite au secret professionnel de l'avocat à l'égard de renseignements auxquels renvoie cette opinion et qui sont eux-mêmes protégés. [...]

⁵³ *Chambre des notaires*, précité, par. 40 où la Cour a référé à (*Maranda*, par. 30-33; *Foster Wheeler*, par. 38).

⁵⁴ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 339.

⁵⁵ *Chapelstone Developments Inc., Action Motors Ltd. et Hamilton c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2004 NBCA 96, par. 50 (« *Chapelstone* »).

Présomption de préjudice lorsque la partie adverse a eu accès aux documents privilégiés

[142] Lorsque la poursuite se retrouve en possession d'un document de la défense protégé par le secret professionnel, le préjudice de la défense est présumé⁵⁶.

[143] Cette présomption est toutefois réfutable⁵⁷. L'arrêt *Celanese Canada c. Murray Demolition*, repris en matière criminelle, indique que la personne ayant des renseignements confidentiels pertinents en sa possession doit démontrer qu'il n'y a aucun risque réel que ces renseignements soient utilisés au détriment du défendeur afin de renverser la présomption⁵⁸.

[144] Dans l'affaire *R. v. Bruce Power, supra*, la poursuite s'est trouvée en possession d'un rapport privilégié sans explication. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, la seule inférence raisonnable pouvant être tirée de cette absence d'explication est que la poursuite n'en avait aucune à offrir au juge de paix. Elle a conclu, alors, que la poursuite n'a présenté aucune preuve permettant de renverser la présomption de préjudice.

[145] La Cour a ajouté qu'il est difficile pour un tribunal de déterminer les conséquences de la consultation d'un document privilégié sur les interrogatoires des témoins ou la stratégie de la poursuite :

[48] Although the justice of the peace referred to the report as primarily informational, she recognized that it was more than that. She pointed out that the report contained items that "could well be used to the disadvantage and prejudice of the defendants". In my view, it would be difficult, if not impossible, for a witness who has read the report to erase its contents from his or her consciousness. Moreover, it would be difficult, if not impossible, for the court to determine what effect the report may have had on a witness's testimony and whether the prosecutor's strategy has been indirectly, at least, affected by his witnesses having read the report. (Souligné ajouté)

[146] Dans l'arrêt *R. c. Couche-Tard inc.*⁵⁹, la Cour d'appel du Québec est également arrivée à la conclusion qu'un arrêt des procédures est justifié dans les circonstances⁶⁰. Les faits de cette affaire se résument comme suit : le ministère public a déposé des accusations contre Alimentation Couche-Tard inc. pour avoir comploté dans le but de fixer le prix de l'essence à la pompe. Il a retiré les accusations à la suite de la conclusion d'une entente sur plaidoyer. Par cette entente, Alimentation Couche-Tard

⁵⁶ *R. c. Couche-Tard inc.*, 2014 QCCA 1456, par. 28-35.

⁵⁷ *R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 5.

⁵⁸ [2006] 2 R.C.S. 219, par. 55. Voir également : *Mahjoub c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2012 CF 669, par. 72 conf. par 2017 CAF 157, par. 299 et ss. (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, 2017-09-29).

⁵⁹ 2014 QCCA 1456.

⁶⁰ Ce qualificatif est notamment utilisé dans l'arrêt *Brind'Amour c. R.*, 2014 QCCA 33, par. 59.

inc. s'engageait à verser 3.25 millions de dollars ainsi qu'à dévoiler les moyens de défense qu'elle entendait faire valoir à l'encontre des accusations portées contre elle.

[147] À la suite de la divulgation des moyens de défense, toutefois, le ministère public a répudié l'entente, évoquant l'intérêt public et la déconsidération de l'administration de la justice. Puis, il a déposé les mêmes accusations à l'encontre de Couche-Tard inc., une société liée qui jouissait de l'immunité d'accusation aux termes de l'entente sur le plaidoyer et dont les moyens de défense étaient essentiellement les mêmes que ceux d'Alimentation Couche-Tard inc.

[148] Rappelant que l'accusé n'a pas à dévoiler sa preuve et ses moyens de défense avant que la poursuite ait établi une preuve *prima facie* contre lui⁶¹, la Cour d'appel du Québec a conclu qu'une présomption de préjudice s'applique tout comme lorsqu'une preuve est obtenue en violation du privilège avocat-client. Selon la Cour, le dépôt d'accusations après avoir eu accès aux moyens de défense constitue un exercice abusif du pouvoir discrétionnaire du ministère public :

[31] Dès lors, en déposant des accusations contre l'intimée après avoir eu accès à ses moyens de défense à la suite de l'exécution d'une entente sur le plaidoyer impliquant Alimentation, le ministère public, même de bonne foi, exerce *prima facie* son pouvoir discrétionnaire de façon contraire à ce principe fondamental. (Souligné ajouté)

[149] Donc, le ministère public n'a pas renversé la présomption de préjudice.

[150] Dans *Rizzuto c. R.*⁶², le Tribunal en vient à une conclusion distincte. Dans cette affaire, le procureur de la défense a soulevé que 95% des sessions d'écoute interceptées au cabinet d'avocats, mises de côté en raison de privilèges, ont été réécoutées⁶³. De plus, huit conversations privilégiées ont été communiquées par erreur à au moins 61 personnes, dont les accusés, la Couronne, ainsi que les enquêteurs⁶⁴.

[151] Le Tribunal a conclu à la négligence des agents de l'État, et ce, malgré le fait que les violations au privilège avocat-client découlaient d'erreurs techniques et

⁶¹ *R. c. P. (M. B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577-578. La Cour d'appel cite également *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 332 et 336; *R. c. Peruta*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.) ainsi que les rapports préparés en 1974 et 1984 par la Commission de réforme du droit. Celle-ci recommandait l'adoption de régimes complets de réglementation de la communication de la preuve par le ministère public. Elle invitait la défense à admettre les faits non litigieux et à dévoiler volontairement ses éléments de preuve à la poursuivante avant le procès, mais s'opposait à l'idée que des règles formelles viennent contraindre la défense à faire de même au motif « [...] que de telles mesures iraient à l'encontre des principes fondamentaux de notre système de justice pénale ». Voir Commission de réforme du droit du Canada, *La communication de la preuve*, « Procédure pénale », Document de travail n° 4, Ottawa, 1974 et Commission de réforme du droit du Canada, *La communication de la preuve par la poursuite*, Ottawa, 1984, *Archive.org*, en ligne.

⁶² 2018 QCCS 582.

⁶³ *Id.*, par. 224.

⁶⁴ *Id.*, par. 253.

humaines non délibérées⁶⁵. De plus, la présomption de préjudice n'était pas renversée par la poursuite.

[152] Le juge Downs a rejeté néanmoins l'arrêt des procédures réclamé par les accusés en raison de l'absence de preuve de préjudice susceptible de compromettre leur capacité à présenter une défense pleine et entière et de préjudice causé à l'intégrité du système judiciaire qui sera perpétué ou aggravé par le déroulement du procès. Il a conclu, cependant, à l'exclusion de la preuve. Analysant la gravité de la conduite attentatoire de l'état, il a mentionné que :

[306] Dans *R. c. Paterson*, le juge Brown au nom de la majorité de la Cour suprême, indique que les erreurs de bonne foi commises par les agents de l'État doivent être raisonnables. Or, lorsqu'il y a négligence dans l'observation de normes constitutionnelles, on ne peut conclure à la bonne foi. Il convient de citer l'extrait suivant :

[44] Certes, « le tribunal aura moins à se dissocier de la conduite de la police lorsque celle-ci a agi de "bonne foi" » (*Grant* 2009, par. 75), mais les erreurs commises de bonne foi doivent être raisonnables (*R. c. Buhay*, 2003 CSC 30 (CanLII), [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59). La Cour a bien dit qu'il ne peut y avoir de bonne foi en cas de négligence dans l'observation des normes constitutionnelles (*Grant* 2009, par. 75). Même lorsque l'atteinte à un droit garanti par la Charte n'est pas le résultat d'un acte délibéré ou d'un abus systémique ou institutionnel, la Cour conclut qu'il est justifié d'écartier la preuve s'il y a eu violation manifeste d'une règle bien établie régissant la conduite de l'État (*R. c. Harrison*, 2009 CSC 34 (CanLII), [2009] 2 R.C.S. 494, par. 24- 25).

[307] En somme, lorsque les violations surviennent dans un contexte de non-respect du privilège avocat-client et lorsque les agents de l'État ne se soucient pas pleinement de la portée de ce privilège, le Tribunal doit nécessairement se dissocier de cette conduite comportant une incidence néfaste sur l'administration de la justice. (Soulignés ajoutés)

Arrêt des procédures

[153] Lorsque les circonstances l'exigent, les tribunaux détiennent le pouvoir d'arrêter les procédures. Il s'agit de la réparation la plus drastique qu'un tribunal puisse accorder puisqu'elle met un terme de façon définitive à la poursuite intentée contre des accusés⁶⁶.

[154] Par l'arrêt *R. c. Babos*, *supra*, la Cour suprême a résumé les principes applicables en matière d'arrêt de procédures et a précisé le test que les tribunaux doivent appliquer lorsque cette réparation est sollicitée:

⁶⁵ *Id.*, par. 263.

⁶⁶ *R. c. Babos*, précité, par. 30. Voir, également, *R. c. Regan*, précité, par. 53.

(1) Il doit y avoir une atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice qui « sera révélé[e], perpétué[e] ou aggravé[e] par le déroulement du procès ou par son issue » (Regan, par. 54);

(2) Il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de corriger l'atteinte;

(3) S'il subsiste une incertitude quant à l'opportunité de l'arrêt des procédures à l'issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militant en faveur de cet arrêt, comme le fait de dénoncer la conduite répréhensible et de préserver l'intégrité du système de justice, d'une part, et « l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond », d'autre part (ibid., par. 57).⁶⁷

[155] Alors que le test est le même pour les deux catégories, la seconde exige un fardeau beaucoup plus important et passe nécessairement par la mise en balance des intérêts de la société et le critère des « cas les plus manifestes »⁶⁸. Il faut notamment se demander si la tenue d'un procès en dépit de la conduite reprochée causerait-elle un préjudice supplémentaire à l'intégrité du système de justice⁶⁹? Plus la conduite reprochée est grave, plus il est nécessaire que le tribunal s'en dissocie⁷⁰. Comme l'a expliqué la Cour au paragraphe 41 de la décision :

Le tribunal doit prendre en compte des éléments comme la nature et la gravité de la conduite reprochée — que celle-ci soit un cas isolé ou la manifestation d'un problème systémique et persistant —, la situation de l'accusé, les accusations auxquelles il doit répondre et l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond. De toute évidence, plus la conduite de l'État est grave, plus il est nécessaire que le tribunal s'en dissocie. Lorsque la conduite en question choque la conscience de la communauté ou heurte son sens du franc-jeu et de la décence, il est peu probable que l'intérêt de la société dans la tenue d'un procès complet sur le fond l'emporte au terme de la mise en balance. Or, dans les cas faisant partie de la catégorie résiduelle, il faut toujours tenir compte de l'équilibre.

(Note de bas page dans l'original retirée) (Soulignés ajoutés)

[156] Aucune mise en balance n'est nécessaire lorsque le comportement fautif affecte l'équité du procès, parce que la société n'a aucun intérêt dans la tenue de procès inéquitables⁷¹.

Qu'est-ce qui constitue un procès équitable?

⁶⁷ Id., par. 32.

⁶⁸ Id., par. 44.

⁶⁹ *R. c. Dumont-Chamberland*, 2017 QCCA 428 (CanLII), par. 32 où la Cour d'appel du Québec reprend les propos de la Cour suprême dans *Babos* aux par. 38-39.

⁷⁰ Id.

⁷¹ *Babos*, précité, par. 40.

[157] Dans *R. c. Bjelland*, [2009] 2 RCS 651, au paragraphe 22, la majorité de la Cour a repris les propos de la juge McLachlin dans *R. c. Herrer*, 1995 CanLII 70 (CSC), pour expliquer ce qui constituait un procès équitable :

Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l'accusé que de celui de la collectivité. Il ne faut pas confondre un procès équitable avec le procès le plus avantageux possible du point de vue de l'accusé : *R. c. Lyons*, 1987 CanLII 25 (CSC), [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest. Il ne faut pas l'assimiler non plus au procès parfait; dans la réalité, la perfection est rarement atteinte. Le procès équitable est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé. (Soulignés ajoutés)

[158] Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas cependant un droit à l'application des règles et des procédures les plus favorables à un acquittement⁷². Il s'agit plutôt du droit pour l'accusé aux règles et aux procédures qui sont équitables en ce qu'elles lui permettent de répondre aux arguments du ministère public et de se défendre⁷³.

[159] Les prémisses du droit à la communication de la preuve se fondent sur le droit à une défense pleine et entière garanti à l'article 7 de la *Charte*. La capacité d'un avocat de la défense de tester la preuve à charge de la poursuite dans un système adversarial repose largement sur la réception en temps utile de la preuve qui lui est divulguée par la poursuite.

[160] Une communication tardive n'entraîne pas *de facto* une violation au droit de présenter une défense pleine et entière. Dans *Bjelland, supra*, la Cour a mentionné que l'omission de communiquer des éléments de preuve ne constitue pas, en soi, une violation de l'article 7. Pour avoir droit à une réparation, les défendeurs doivent faire la preuve d'« un préjudice véritable » quant à la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

[161] La notion de préjudice véritable doit être analysée à la lumière des propos de la Cour d'appel du Québec tenus dans le récent arrêt *R. c. Rice*⁷⁴ :

[143] J'ouvre ici une parenthèse sur la communication de la preuve qui constitue un problème récurrent dans l'administration des affaires criminelles. D'un côté, la poursuite ou ses collaborateurs qui volontairement ou non, omettent ou résistent à l'obligation de tout divulguer sauf ce qui est manifestement sans pertinence ou autrement reconnu comme une preuve qui ne doit pas être communiquée d'emblée. Ceci cause des litiges qu'il faut trop souvent régler devant le juge. De l'autre, l'insatiable appétit pour la moindre information pouvant

⁷² Voir *R. c. Rose*, [1998] 3 RCS 262 au par. 99 où la Cour suprême reprend les propos du juge Sopinka dans *Dersch c. Canada*, [1990] 2 RCS 1505, à la p. 1515.

⁷³ Id.

⁷⁴ 2018 QCCA 198.

figurer au dossier de poursuite amène trop souvent la défense à exiger, comme le dit si bien le juge d'instance, jusqu'au dernier bout de papier avant de se déclarer satisfaite. Dans ce débat, il faut retenir que ce qui apparaît peu important demeure parfois pertinent pour la défense et, corollairement, vu le seuil peu élevé de la pertinence dans ce contexte, ce qui est pertinent n'est pas toujours déterminant. La défense a le droit d'obtenir ces renseignements et la poursuite a l'obligation de les communiquer. Toutefois, ce n'est pas parce que la défense a le droit d'obtenir ces renseignements qu'ils sont si déterminants pour sa cause et qu'une remise doit être accordée. Le juge doit tenir compte de l'élément de preuve obtenu tardivement ou attendu, si possible dans ce dernier cas, pour décider du bien-fondé de la remise. Dans le respect de ses responsabilités déontologiques, un avocat doit absolument collaborer lors de cette étape importante. (Souligné ajouté)

[162] Ainsi, le seuil peu élevé de pertinence requis afin d'obtenir la divulgation d'une preuve doit être pris en compte : ce n'est pas parce que la défense a droit à la divulgation des documents qu'ils sont déterminants pour sa cause.

Application

La nature privilégiée des documents

[163] Tel qu'expliqué précédemment, l'un des documents privilégiés divulgués par erreur aux requérants constitue un courriel visant la préparation de la défense du requérant Ahdoot. Ce dernier réclame la protection relative au secret professionnel, au privilège relatif au litige ainsi que le privilège d'intérêt commun.

[164] Pour qu'une communication soit protégée par le secret professionnel, il doit s'agir d'une communication entre un avocat et son client au cours de laquelle ce dernier sollicite des conseils juridiques licites⁷⁵. La jurisprudence reconnaît que le secret professionnel s'étend aux documents échangés dans le cadre d'une communication qui s'insère dans le continuum de la préparation d'un avis ou d'un conseil juridique⁷⁶. Ces documents peuvent présenter de l'information factuelle⁷⁷.

[165] En règle générale, la divulgation d'une information privilégiée à un tiers constitue une renonciation au secret professionnel. Toutefois, selon la jurisprudence, l'échange d'informations confidentielles entre deux parties partageant un intérêt commun à l'égard d'un litige s'insère dans le spectre protégé par le secret professionnel⁷⁸.

⁷⁵ R. c. McClure, précité, par. 36-37.

⁷⁶ *British Columbia (Attorney General) v. Lee*, 2017 BCCA 219 : pourvoi à la Cour suprême rejeté. David M. Pacciocco, Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015, p. 245; Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant; Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 5th ed., Toronto, Lexis Nexis, 2018, par. 14.64.

⁷⁷ *Chambre des notaires du Québec*, précité, par. 40.

⁷⁸ Voir notamment *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] R.C.S. 809 à ce sujet.

[166] En l'espèce, le Tribunal reconnaît que l'échange courriel est protégé par le secret professionnel, privilège générique érigé au rang de « règle de fond »⁷⁹. En présence d'un intérêt commun liant les correspondants à la communication sujette au privilège, l'échange n'emporte pas renonciation.

[167] Cette même conclusion s'applique aux pièces jointes du courriel puisqu'elles s'insèrent dans le continuum des communications visant la préparation de la défense du requérant Ahdoot, qu'elles font l'objet de plusieurs références à même un document privilégié et qu'elles n'ont aucune existence indépendante dans les documents saisis par l'AMF. Il est à noter que les pièces jointes communiquées aux requérants avaient, lors de leur indexation dans la DP21, le même titre que dans l'échange courriel privilégié.

[168] Le requérant Ahdoot jouit du droit de ne pas aider la poursuite à présenter une preuve complète à l'égard des infractions reprochées⁸⁰. Il n'a pas, de même, à l'assister dans l'atteinte de son fardeau d'établir sa culpabilité⁸¹. Ce droit découle de la présomption d'innocence, sous-jacent au droit de ne pas témoigner ainsi que du droit d'être protégé contre l'auto-incrimination⁸².

[169] Lorsque la poursuite se retrouve en possession d'un document de la défense protégé par le secret professionnel, le préjudice de la défense est présumé⁸³.

[170] Il appert de la preuve présentée que les enquêteurs ainsi que le contentieux de l'AMF ont consulté les documents privilégiés du défendeur, qu'il s'agisse du courriel en lui-même ou de ses pièces jointes. À cet effet, le Tribunal doit tenir compte du fait que ces documents font partie de la DP21. Ils étaient communiqués aux requérants à cause de leur pertinence dans la cause sous étude. Si on a jugé qu'ils étaient pertinents, c'est parce qu'ils ont été revus et analysés. Mieux encore, la lettre accompagnant la transmission de la DP21, datée du 20 décembre 2018 et signée par une des procureures de l'AMF dans la présente affaire, indique que le tableau de preuve (qui inclut les pièces potentiellement privilégiées) a été révisé par le contentieux de l'AMF :

La présente fait suite à la vôtre en date du 18 décembre 2017, ainsi qu'au témoignage de l'enquêteur David Gallant les 13 et 14 décembre 2017.

En ce qui concerne la DP 21 et son index, nous vous confirmons que la Feuille 1 du tableau de preuve transmis dans la DP21 constitue le fruit du travail d'analyse effectué par l'enquêteur du dossier Audace. La feuille 2 constitue quant à elle le fruit du travail du contentieux. Ce qui signifie que les éléments considérés

⁷⁹ *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité, p.883.

⁸⁰ *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

⁸¹ *R. c. G. (S.G.)*, [1997] 2 RCS 716; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350;

⁸² *R. c. Couche-Tard inc.*, précité, par. 28-35.

⁸³ *Id.*, par. 32.

potentiellement pertinents par l'enquêteur dans la feuille 1 ont été revus par le contentieux et les items apparaissant à la feuille 2 sont ceux qui mènent aux documents jugés potentiellement pertinents par le contentieux⁸⁴.
(Souligné ajouté)

[171] À cette lettre s'ajoute l'admission prononcée par une des procureures de l'AMF à l'effet que monsieur Gallant, l'enquêteur dans le *Projet Audace*, a consulté les documents visés par un privilège.

[172] Cette admission vise les 16 documents « Untitled » qui, à leur face même, ne sont pas privilégiés. On n'y retrouve aucune référence à un avocat ni aucune mention du mot « confidentiel ». Essentiellement, ces documents reprennent l'historique de l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya. Dans cette optique, l'enquêteur n'était pas de mauvaise foi lorsqu'il a consulté, par inadvertance, les documents sur lesquels un privilège est maintenant invoqué.

[173] Il faut rappeler, toutefois, que ces 16 documents portant le titre « Untitled » font partie intégrante d'un document intitulé « Questions for Hypertech ». En effet, la seule raison pour laquelle ils ont été transmis par monsieur Meriovici à l'avocat de la compagnie était pour répondre aux questions de ce dernier en vue de préparer la défense du requérant Ahdoot. Rappelons qu'il y avait une entente d'échanges d'informations confidentielles entre l'avocat d'Hypertec et l'avocate représentant le requérant Ahdoot.

[174] Bien que les 16 documents reprennent des faits (l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya), ils n'existent qu'en fonction de leurs qualités comme annexe ou notes explicatives au mémo « Questions for Hypertech ». Ces 16 documents ont servi à compléter le mémo. Dans ce sens, ils sont indissociables du mémo. N'eût été la série de questions et réponses dans le mémo « Questions for Hypertec », ces 16 documents ne se retrouveraient pas dans la preuve saisie par les enquêteurs au bureau d'Hypertec. En effet, il n'y a aucune indication que ces documents se trouvaient ailleurs dans la preuve saisie dans un format indépendant.

[175] Si l'enquêteur, monsieur Gallant était capable de visionner lesdits documents, c'est parce que le traitement de documents potentiellement privilégiés était mal géré par l'AMF.

—*Le préjudice*

[176] Pour l'AMF, le préjudice à un procès équitable invoqué par le requérant Ahdoot était marginal et nettement insuffisant pour justifier l'arrêt des procédures. Dans un premier temps, elle a affirmé que l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya ne faisait aucunement partie de sa théorie de la cause. Dans un deuxième temps, le choix du requérant de témoigner ou non dans sa défense n'est aucunement lié aux documents

⁸⁴ Pièce R29.

privilégiés. Puisque ce sont des documents provenant d'une tierce partie (la compagnie Hypertec), ils ne peuvent pas servir à contre-interroger le requérant.

[177] Comme concession de dernière minute⁸⁵, l'AMF a même renoncé à son droit d'utiliser les documents provenant du dossier *Bronze* en lien avec l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya pour les années 2012-2013.

[178] Sans conclure que ces documents sont déterminants à l'issue du procès, il y a lieu de considérer les facteurs suivants :

- Selon l'enquêteur responsable du *Projet Bronze*, l'enquête révélait qu'Hypertec détenait des blocs d'actions au bénéfice des requérants Ahdoot et Baazov. Ces blocs d'actions étaient non déclarés dans les documents publics soumis par la société⁸⁶.
- Entre autres, Hypertec aurait participé à un placement privé en 2013, à la hauteur de quatre millions de dollars. Les actions (dans ledit placement) étaient détenues en 2013 et 2014 au bénéfice des requérants Baazov et Ahdoot⁸⁷.
- La preuve à charge de l'AMF inclut trois courriels impliquant les requérants Ahdoot et Baazov et monsieur Meirovici où on discute du stock d'Amaya⁸⁸.

[179] Si les requérants devaient témoigner, comment peut-on s'assurer que les questions posées en contre-interrogatoire par les procureurs de l'AMF ne proviennent pas de l'information glanée par les documents privilégiés?

[180] Quant à la concession de dernière minute de l'AMF, elle est insuffisante, car elle ne couvre qu'une période limitée de l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya, les années 2012-2013. Les 16 documents intitulés « Untitled », rappelons-le, reprennent l'historique de l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya de 2007 à 2014.

[181] De plus, selon monsieur St-Pierre, le requérant Baazov détenait par l'entremise de la famille Ahdoot et de la Compagnie Hypertec un bloc d'actions d'Amaya non déclaré pour une période couvrant les années 2010 à 2012 et de 2013 à 2014⁸⁹.

[182] En somme la concession de l'AMF de ne pas utiliser la preuve liée à l'actionnariat d'Hypertec dans Amaya est partielle et insuffisante. De toute façon, l'engagement de la poursuite ne couvre qu'un petit univers des documents

⁸⁵ Cette concession fut faite en salle de cour à l'avant-veille de la présente décision.

⁸⁶ Témoignage de monsieur St-Pierre rendu dans le cadre de la première requête en arrêt des procédures le 13 décembre 2017.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Les pièces 374, 378 et 379 (Cahier de procès aux pp. 105-106).

⁸⁹ Témoignage de monsieur St-Pierre, le 13 décembre 2017.

potentiellement privilégiés qu'on cherche maintenant à retirer des mains des requérants.

[183] L'AMF n'a présenté aucune preuve permettant de convaincre le Tribunal qu'il ne sera fait aucun usage des renseignements confidentiels. Dans *Celanese, supra*, la Cour suprême a tranché qu'il incombe à la partie ayant obtenu des renseignements confidentiels de démontrer qu'il n'y a aucun risque réel que ces renseignements soient utilisés au préjudice du défendeur⁹⁰. Reprenant les propos qu'elle a émis dans l'affaire *Succession MacDonald*⁹¹, la Cour, au paragraphe 42, a précisé que :

La présomption n'est réfutée que s'il existe une « preuve [e] [contraire] claire [e] et convaincante [e] » (p. 1262). Donc, « [a] fortiori, les simples engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits » (p. 1263) ne sont pas suffisants pour réfuter la présomption de diffusion.

[184] Rappelons que l'un des principes fondamentaux en droit criminel est le droit pour un accusé de ne pas être contraint de prêter son concours à la poursuite intentée contre lui. Dans ces circonstances, le Tribunal ne peut faire autrement que de conclure que la possession des documents privilégiés liés à des éléments de la défense du requérant Ahdoot porte atteinte à l'équité du procès.

Le retrait des 330 000 documents potentiellement privilégiés et l'équité du procès

[185] Pour l'AMF, le retrait de 330 000 documents potentiellement privilégiés n'a aucune conséquence sur l'équité du procès. À cet effet, elle a surtout insisté sur le fait que ces documents proviennent d'enquêtes dites « parallèles ». Donc, la pertinence de cette preuve est marginale.

[186] Dans la présente affaire, toutefois, il faut rappeler que ce ne sont pas les requérants qui ont demandé la preuve dans *Bronze*. C'est plutôt la poursuite qui l'a communiquée, de sa propre initiative, en raison de sa pertinence aux moyens de défense envisagés par les requérants⁹². Ainsi, la question de la pertinence de la preuve secondaire ne se pose même pas.

[187] Le Tribunal comprend très bien que c'est en fonction des admissions sollicitées par les requérants que l'AMF a jugé bon de transmettre la preuve. Ceci étant dit, cette preuve ne devient pas moins pertinente pour autant.

[188] Quant à la preuve dans *Cordon*, elle a été demandée par les requérants. Ils ont même déposé une requête à la Cour pour obtenir la preuve dans le dossier. Toutefois, le jour de la présentation de ladite requête, le Tribunal fut informé par l'AMF qu'elle consentait à divulguer aux requérants la preuve dans le dossier *Cordon*. L'AMF a pris

⁹⁰ *Celanese*, précité, par. 55.

⁹¹ *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 RCS 1235.

⁹² Voir paragraphe 22 de ce jugement où le Tribunal reprend la lettre de l'AMF, datée du 21 septembre 2017, expliquant la divulgation de la DP16.

soin d'ajouter que la communication de cette preuve a été faite sans admission de sa pertinence pour le dossier *Audace*.

[189] Puisque l'AMF avait consenti à la remise de la preuve dans le dossier *Cordon*, le Tribunal était d'avis que la requête n'avait plus d'objet. Toutefois, si le Tribunal était appelé à se prononcer sur la requête en divulgation de la preuve, il l'aurait certainement accordée. Le chevauchement entre les dossiers *Cordon* et *Audace* était évident. On notait, entre autres, qu'un nombre important de personnes concernées par le *Projet Cordon* était appelé comme témoins à charge dans le *Projet Audace*. Ce n'est pas parce que l'AMF attache l'étiquette « d'enquête parallèle » à un projet qu'il devient pour autant non pertinent à la cause sous étude.

[190] Il importe peu que le privilège soit réclamé par les tiers. L'erreur de l'AMF dans les traitements des documents potentiellement privilégiés a eu comme conséquence de retirer des mains des requérants la preuve pertinente à leurs défenses.

[191] L'application diligente d'un protocole aurait permis aux tiers (revendicateurs du privilège) de trier dans les 330 000 documents ceux qui sont véritablement assujettis à un privilège. Quant aux faux positifs (false positives) on les aurait remis aux requérants pour qu'ils préparent leurs défenses. En plein milieu de procès, toutefois, l'application d'un tel protocole n'est pas une solution. Le Tribunal va y revenir plus tard dans cette décision.

Le cumul des erreurs

[192] Le Tribunal est conscient du fait que la quantité de données recueillies à partir d'appareils électroniques (ordinateurs, cellulaires) peut être énorme et très difficile à gérer. Sans demander la perfection, on doit s'attendre à ce que cette preuve soit organisée et raisonnablement accessible. Le volume de la preuve à gérer ne peut pas servir comme excuse pour justifier des erreurs répétées dans la divulgation de la preuve. Le Tribunal est même d'avis que plus la preuve à traiter est grande, plus il devient nécessaire pour le ministère public d'organiser la preuve et de la rendre accessible aux défendeurs. Comme l'a souligné le juge Boswell dans *R. v. Dunn*, 2009 CanLII 75397 (ON SC), au paragraphe 59 :

In my view, the importance of organization and searchability increases proportionately with the volume of material disclosed. In other words, the greater the volume of material disclosed, the greater the need for organization and reasonable search capabilities

[193] Rappelons que c'est la poursuite qui a la responsabilité de gérer et de contrôler la divulgation de la preuve⁹³. Pour reprendre les propos de la Cour dans *Keyes*, *supra*,

⁹³ Voir *Giroux* et *Keyes*, précités.

ce n'est pas la fonction d'un tribunal d'excuser des erreurs de routine de la poursuite en les traitant de circonstances exceptionnelles.

[194] Par ces décisions antérieures, le Tribunal, dans cette affaire, a priorisé la poursuite du procès nonobstant certaines difficultés dans la divulgation de la preuve. Est-ce qu'on est maintenant rendu au point où le cumul des erreurs ne permet plus d'excuser les impairs de la poursuite dans la divulgation de la preuve? Alors que la société a un intérêt certain à ce que les poursuites pénales soient jugées au fond, est-ce qu'on peut toujours demander aux défendeurs d'encaisser les coups ou de subir les inconvénients des erreurs répétées de la poursuite?

[195] Il ne faut pas oublier qu'en bout de ligne, ce sont les requérants dans cette affaire qui vont subir les conséquences d'un procès inéquitable en raison du retrait d'une preuve pertinente. À ce sujet, il y a lieu de citer les propos du juge Brunton dans *Beaulieu c. R.*, 2011 QCCS 639, au paragraphe 32 :

Dans ce dossier, « l'utilisation optimale du matériel », compte tenu du volume sans précédent de la divulgation, est une préoccupation primordiale. Dans toute analyse, on doit également garder à l'esprit que les requérants font face à des accusations qui, si elles sont prouvées, résulteront, pour la plupart, en leur incarcération pour le restant de leur vie. La quantité de preuve communiquée à ce jour est difficile à décrire, car tellement volumineuse.

L'intégrité du système judiciaire (la catégorie résiduelle)

—*L'intérêt de la société dans un procès qui semble équitable*

[196] Les problèmes touchant l'équité du procès et ceux touchant l'intégrité du système de justice sont souvent liés et se posent couramment dans la même affaire⁹⁴. Un procès inéquitable compromet non seulement les droits d'un accusé à une défense pleine et entière, mais l'image de la justice aussi.

[197] L'avocat du ministère public s'acquitte d'un devoir public qui consiste à présenter une preuve sérieuse et veiller à ce que la preuve légale et disponible soit présentée au juge pour que justice soit rendue. Même si son action se situe dans un système contradictoire, son rôle exclut toute notion de gain ou de perte⁹⁵. Le concept fondamental du rôle de représentant de la justice dévolu au ministère public fut décrit par la Cour suprême dans *R. c. Boucher*, [1955] R.C.S.16 :

On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et

⁹⁴ *Babos*, précité, par. 33.

⁹⁵ *D.K. c. R.*, 2009 QCCA 987 (CanLII), par. 52.

en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires⁹⁶.

[198] Le défaut de communiquer aux défendeurs toutes les informations pertinentes, même fait de bonne foi, constitue une grave entorse au processus essentiel de la communication de la preuve. Il attaque à la fois l'équité du procès et l'intégrité du système judiciaire. Un procès qui paraît inéquitable aura comme conséquence de miner la confiance du public dans la justice.

[199] Lorsque la poursuite est appelée à divulguer une preuve volumineuse, on s'attend à ce qu'elle soit organisée, accessible, facilement consultable et remise en temps utile à la défense. Une preuve qui est tout simplement divulguée à la pelle (dump truck) oblige la défense à consacrer son temps à les trier et les parcourir avant même d'aborder la lourde et difficile tâche d'assimiler la documentation⁹⁷.

[200] Des demandes de remise sont inévitables lorsque la divulgation de la preuve est mal organisée ou lorsqu'elle est transmise en retard. Or, un procès dans un délai raisonnable est tant dans l'intérêt d'un accusé que dans l'intérêt de la société. En l'espèce, les erreurs et les retards dans la divulgation de la preuve n'ont fait qu'ajouter des délais aux procédures pénales.

La nature de la faute commise

[201] Le privilège relatif au secret professionnel de l'avocat et au privilège relatif au litige sont des principes de justice fondamentaux de la plus haute pertinence. Pour conserver leur pertinence, le ministère public doit prendre les mesures nécessaires pour les rendre (les privilèges) aussi absolus que possible. Ces privilèges permettent d'assurer la confiance du public dans l'administration de la justice.

[202] Dans la présente affaire, le traitement des documents potentiellement privilégiés dans les bases de données électroniques par l'AMF est préoccupant. À cet effet, la preuve a démontré que le protocole suivi par l'AMF afin de protéger les documents potentiellement privilégiés était inadéquat, incomplet, voire inexistant et son application a été déficiente. Il s'agit d'erreurs qui se sont répétées au cours des différentes vagues de divulgation.

[203] Même lorsqu'un document fut identifié comme étant privilégié, aucune mesure adéquate ne fut prise pour l'isoler de la preuve et ainsi empêcher qu'il soit consulté par

⁹⁶ Cité dans *Stinchcombe*, précité, p. 333.

⁹⁷ Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice : *Compte rendu sur la communication de la preuve en matière pénale*, 2011, Ministère de la Justice Canada, en ligne, par. 48.

d'autres enquêteurs. Rappelons que monsieur St-Pierre a étiqueté (tagged) à trois reprises le mémo « Questions for Hypertec » comme document assujéti à un privilège. Toutefois, la plateforme de traitement des données électroniques de l'AMF (« Intella ») n'était pas adaptée pour retirer ou isoler de la preuve des documents étiquetés. Puisque monsieur St-Pierre n'a pas pris la peine d'aviser qui que ce soit des étiquettes qu'il a posées, n'importe quel autre enquêteur de l'AMF aurait pu consulter les mêmes documents. Dans les faits, on sait que l'enquêteur Gorcy a consulté le document nonobstant le fait qu'il a déjà été étiqueté à trois reprises par l'enquêteur St-Pierre.

[204] Le laxisme et l'absence de rigueur de l'AMF dans le traitement de la preuve privilégié sont inacceptables. Le Tribunal ne peut pas continuer d'absoudre judiciairement la négligence de la poursuite.

Aucun autre remède

[205] Rappelons que l'arrêt des procédures est une mesure draconienne qui ne doit s'appliquer que dans les cas les plus manifestes. Pour les raisons qui suivent, le Tribunal est d'avis que, hormis l'arrêt des procédures, il n'y a pas d'autres solutions pour remédier à l'atteinte à l'équité du procès et à l'intégrité du système judiciaire.

—Ajournement

[206] Dans d'autres circonstances, le Tribunal aurait pu ordonner le remède usuel : un délai suffisant pour permettre aux tiers de trier à travers les 330 000 documents potentiellement privilégiés pour ensuite remettre aux parties les faux positifs (les documents non privilégiés). Ce processus, toutefois, va interrompre un procès entamé depuis sept semaines déjà et va ajouter des délais importants aux procédures.

[207] Le prononcé d'un troisième ajournement permettant la remise des documents n'est pas indiqué alors que les requérants jouissent du droit de subir leurs procès dans un délai raisonnable. Le déroulement de ce procès a connu son lot de difficultés : On devait débiter l'audition au fond au mois de novembre 2018, mais le procès fut reporté au 11 décembre parce que le soussigné n'était pas disponible. À cette dernière date, le procès fut retardé par la présentation d'une requête en arrêt des procédures fondée sur les articles 7 et 11(b) de la *Charte*. Le Tribunal ne blâme aucunement les requérants pour les délais engendrés par cette requête. Tel que mentionné plus haut, la décision du 22 janvier rejetant la requête était serrée. De toute façon, un délai s'imposait pour permettre aux requérants d'absorber des millions de documents transmis tardivement par l'AMF. Ensuite deux autres remises ont été accordées afin de permettre aux avocats des requérants de se familiariser avec la preuve.

[208] Dans *Jordan*, la Cour suprême a écrit que « les procès ne constituent pas des machines bien huilées »⁹⁸. Des erreurs surviennent et on ne peut pas s'attendre à un procès parfait. Toutefois, on ne peut pas demander aux requérants de continuer d'encaisser les coups engendrés par les fautes répétées de la poursuite. Rappelons que ce sont les requérants qui sont assujettis aux vexations et aux vicissitudes des accusations pénales. Dans de telles circonstances, un autre délai est complètement injustifié.

—*Demander aux parties de ne pas tenir compte de la preuve potentiellement assujettie à un privilège.*

[209] Demander aux avocats des requérants de faire abstraction des documents potentiellement privilégiés est techniquement difficile. Dans un premier temps, la preuve divulguée par l'AMF fut assimilée et intégrée dans leurs « work product ». Il leur serait impossible de dissocier le « work product » des documents potentiellement privilégiés qu'on cherche à isoler de la preuve divulguée.

[210] Ensuite, il leur serait difficile de repérer et d'isoler les documents potentiellement privilégiés à partir des numéros « Intella » fournis par l'AMF. Tel qu'expliqué plus haut, les requérants n'utilisent pas la même plateforme ou logiciel pour traiter la divulgation électronique de la preuve. En plein milieu de procès, on ne peut pas demander aux avocats des requérants de travailler sur deux fronts, c'est-à-dire s'attarder au travail long et fastidieux d'isoler les documents potentiellement privilégiés tout en préparant le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite.

[211] Même s'ils étaient capables de retirer les documents potentiellement privilégiés de leurs bases de données électroniques, il n'y aucune assurance que les questions posées lors du contre-interrogatoire feront abstraction à l'accès auxdits documents. Rappelant un film populaire des années 90, « Men in Black », Me Melchers a commenté qu'on ne dispose pas d'un « Neuralyzer », un appareil permettant de neutraliser ou d'effacer la mémoire de témoins gênants.

[212] N'oublions pas que les documents que l'AMF cherche à mettre sous quarantaine étaient dans la possession de l'AMF depuis plusieurs mois (dans certains cas, presque deux ans). Comment peut-on s'assurer que la preuve ne servira pas à l'AMF? À cet effet, il y a lieu de rappeler que l'engagement de l'AMF de ne pas se servir de la preuve de *Bronze* dans la cause sous étude se limitait à la preuve à charge. Quant à la preuve dans *Cordon*, aucun engagement ne fut pris.

[213] À l'égard du remède approprié, pour reprendre les termes du juge Tardif de la Cour supérieure dans l'affaire *R. c. Couche-Tard*⁹⁹, il n'est pas possible de reculer les aiguilles de l'horloge. La poursuite n'a, au surplus, fourni aucune preuve claire et sans équivoque de l'absence de risque que les documents privilégiés soient utilisés au

⁹⁸ *Jordan*, par. 73.

⁹⁹ 2012 QCCS 4721, par. 32.

détriment du requérant. La tenue du procès perpétuera ou aggravera le préjudice subi par les requérants. L'intérêt public requiert également que les valeurs fondamentales de notre système de justice criminelle relatives au droit au silence ainsi qu'au respect du secret professionnel soient respectées¹⁰⁰.

La mise en balance

[214] Lorsque l'arrêt des procédures est fondé sur la seconde catégorie, le Tribunal doit nécessairement mettre en balance les intérêts de la société et le critère des « cas les plus manifestes »¹⁰¹. Dans les circonstances de cette affaire, le Tribunal est d'avis que la « la tenue d'un procès en dépit de la conduite reprochée causerait un préjudice supplémentaire à l'intégrité du système de justice »¹⁰². Cette conclusion est étayée par l'évaluation des facteurs suivants :

- la nature et la gravité de la conduite reprochée;
- que celle-ci soit un cas isolé ou la manifestation d'un problème systémique et persistant;
- la situation de l'accusé;
- les accusations auxquelles il doit répondre;
- l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond¹⁰³.

[215] Au regard de l'importance de la protection du secret professionnel de l'avocat sans cesse confirmée par la Cour suprême, la conduite reprochée revêt une gravité non équivoque. Tel que mentionné précédemment, les témoignages entendus par le Tribunal permettent de constater que des documents identifiés comme étant privilégiés par des enquêteurs ont pu être ouverts à nouveau sans aucune explication autre que l'erreur.

[216] La répétition des erreurs relatives au traitement de documents privilégiés témoigne d'une insouciance à l'égard du droit au secret professionnel qui, faut-il le rappeler, est « aussi fondamental que le droit d'être représenté par avocat puisque, sans le privilège, le droit ne peut être qu'imparfait »¹⁰⁴. Le fait que le Tribunal n'ait pu bénéficier d'explications sur les erreurs commises et le fait que seule l'intervention des requérants et des tiers ait déclenché des réactions de l'AMF à l'égard de la protection de documents privilégiés divulgués témoignent du caractère systémique ou persistant de celles-ci.

[217] Les accusations auxquelles les requérants doivent répondre militent vers la tenue d'un procès. Toutefois, elles ne permettent pas d'occulter la gravité des manquements aux devoirs incombant à l'AMF dans son rôle de poursuivante.

¹⁰⁰ *R. c. Couche-Tard*, 2014 QCCA 1456, par. 51.

¹⁰¹ *Babos*, précité, par. 9 et 44.

¹⁰² *Id.* par. 38 et 39.

¹⁰³ *R. c. Babos*, par. 41.

¹⁰⁴ *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité, p. 880.

[218] Un rôle important de traitement de privilèges repose sur les épaules de l'AMF lorsqu'elle s'acquitte de son obligation constitutionnelle de divulguer les renseignements pertinents à la défense, lesquels doivent être exempts de documents privilégiés¹⁰⁵.

[219] Finalement, la société a tout intérêt à ce qu'un poursuivant s'acquitte avec célérité de ses obligations et qu'il procède à une divulgation diligente de la preuve. Un citoyen poursuivi par l'AMF ne devrait pas craindre de violer le secret professionnel appartenant à des tiers en consultant la preuve qui lui est divulguée. L'intérêt de la société est également préservé lorsque le secret professionnel reçoit la protection la plus absolue.

Conclusions

[220] En somme, le Tribunal est d'avis que l'atteinte au droit des requérants à un procès équitable ainsi que l'intégrité du système de justice seront « révélées, perpétuées ou aggravées par le déroulement du procès ou par son issue. » En l'absence d'autres remèdes appropriés, seul un arrêt des procédures permettrait « au système de justice de se dissocier suffisamment à l'avenir de la conduite reprochée à l'État »¹⁰⁶.

POUR TOUS CES MOTIFS, LE TRIBUNAL

PRONONCE l'arrêt des procédures.

SALVATORE MASCIA, J.C.Q.

¹⁰⁵ *R. c. Stinchcombe*, précité, p. 339.

¹⁰⁶ *Babos*, précité, par. 39.

Mes Geneviève Régnier,
Isabelle Bouvier, Stéphanie Jolin,
et Camille Rochon -Lamy
Procureures de l'intimée-poursuivante

Mes Sophie Melchers, Caroline Larouche
et Dominique Shoofey
Procureurs du requérant-défendeur David Baazov

Mes Stéphanie Lapierre et Nathalie Nouvet
Procureures des requérants-défendeurs Yoel Altman, Diocles Capital inc., 2374879
Ontario inc. et Sababa Consulting inc.

Mes Julie-Martine Loranger, Nicholas Trottier
Et Geneviève St-Cyr Larkin
Procureurs du requérant-défendeur Benjamin Ahdoot