

ANATOMIE DU RÉGIME D'OBSERVATION DE LA LOI : RÉCAPITULATIF ET PROPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES – LEÇONS DES ÉTATS-UNIS

Jonathan Leo

Symposium sur l'environnement au tribunal :
Les inspections environnementales et les mesures d'application, sur place et au tribunal

Les 26 et 27 février 2016
Université d'Ottawa

This project was undertaken with the financial support of:
Environment and Climate Change Canada

Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :
Environnement et Changement climatique Canada



L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Tous droits réservés © 2016

INTRODUCTION

Les lois fédérales modernes des États-Unis en matière de lutte contre la pollution qui ont été promulguées entre la fin des années 1960 et le début des années 1980 sont des exemples de « fédéralisme coopératif », c'est-à-dire un régime législatif constitutionnel dans le cadre duquel le Congrès autorise expressément un organisme du pouvoir exécutif fédéral – dans le présent cas, l'Environmental Protection Agency (EPA), à répondre au besoin établi par la loi de protéger l'environnement ainsi que la santé et la sécurité du public contre des dangers précisés en maîtrisant leurs sources. Le fédéralisme est « coopératif », parce qu'il repose sur une délégation supervisée par l'EPA aux États qui, en retour, peuvent ou doivent concevoir des régimes législatifs ou réglementaires correspondants pour aider l'atteinte des normes nationales de l'EPA en faisant observer la loi à l'intérieur de leurs propres frontières.¹ Les programmes fédéraux et d'État autorisés comportent plusieurs mécanismes centraux d'application de la loi. L'un d'entre eux consiste à confier à un organisme de réglementation la délivrance de permis dont toute entreprise a besoin pour exercer des activités visées par la loi. Les modalités du permis incluent notamment de se conformer à l'ensemble des lois et des règlements de cet État, ainsi que des modalités de conformité requises par l'organisme gouvernemental qui sont propres aux installations.

Pouvoir réglementaire général d'inspection et d'application des normes environnementales

L'un des éléments fondamentaux de ces programmes de conformité fédéraux et d'État autorisés est le pouvoir des employés des organismes de réglementation. Ce pouvoir leur permet, en présentant une preuve de compétences, de pénétrer dans une installation, « à des heures raisonnables » ou « pendant les heures ouvrables habituelles », afin de l'inspecter. Ces inspections peuvent inclure l'examen et la reproduction de tout registre que l'entreprise doit tenir (y compris les émissions accidentelles et les programmes d'atténuation ou la prévention de déversements et les programmes de contrôle), l'inspection de l'équipement de traitement et de lutte contre la pollution, puis le

¹ Dans certains cas, comme dans la *Clean Air Act* (42 USC s 7410), les États ont l'obligation de promulguer des plans de mise en œuvre approuvés par l'EPA pour mettre en place, maintenir et faire observer les normes nationales principales et secondaires de l'EPA en matière de qualité de l'air (NAAQS) pour chacune des régions de contrôle de qualité de l'air dans leurs frontières. Dans d'autres cas, comme celui de la *Resource Conservation and Recovery Act* (RCRA) (42 USC s 6926), tout État cherchant à administrer et à faire appliquer un programme en matière de déchets dangereux doit obtenir l'approbation de l'EPA pour un programme qui est [TRADUCTION] « substantiellement équivalent » au régime de l'EPA de délivrance de permis et d'application de la loi entourant le traitement et le stockage des déchets dangereux et les installations de stockage de ces déchets.

prélèvement d'échantillon de tout déversement et de toute émission.² Ces articles qui donnent le pouvoir de pénétrer dans des lieux et de faire des inspections comprennent aussi une disposition fourre-tout selon laquelle [TRADUCTION] « l'entreprise doit fournir les renseignements dont l'administrateur peut raisonnablement avoir besoin »,³ ce qui s'entend comme une permission de poser des questions aux employés sur une base consensuelle.

En plus de l'inspection, les organismes de réglementation environnementale disposent d'une variété d'outils d'application de la loi qui sont progressivement plus importuns en vue de réaliser leur mandat de protéger la santé et la sécurité du public et l'environnement. Ils comprennent :

- des lettres que les gestionnaires de programmes d'organismes gouvernementaux ont envoyées aux installations, dans lesquelles ils leur demandent des renseignements précis sur la production, sur la création de déchets et sur les processus de gestion;⁴
- des assignations administratives, des mandats de perquisition administratifs et (ou) des ordonnances de conformité pour forcer les installations à autoriser l'accès à des sites visés en vue d'inspections, pour fournir des registres et présenter des témoins afin de les faire témoigner sous serment et pour faire respecter les exigences particulières d'un permis ou de la réglementation;
- des ordonnances substantielles imminentes concernant une menace, qui ont pour but d'atténuer immédiatement des rejets plus graves de polluants ou de contaminants dans l'environnement;
- des poursuites au civil en vue de faire appliquer la loi, que les procureurs des États-Unis mènent au nom du département de la Justice à l'égard de personnes morales ou physiques dans le but de faire prononcer des sanctions et obtenir des mesures d'injonction pour atténuer les contraventions à la loi, y compris le respect d'ordonnances relatives à une menace substantielle et imminente;
- des poursuites criminelles, y compris l'utilisation de mandats de perquisition demandés par les procureurs des États-Unis pour le compte du département de la Justice à l'égard de personnes morales ou physiques dans le cas où les

² *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act of 1980* (CERCLA ou Superfund), USC ss 9604(e)(2)-(3) à 42; *Clean Air Act*, s 7414(a) at 42; RCRA, USC s 6927(a) à 42; RCRA, USC s 6927(a) à 42.

³ *Clean Water Act*, USC s 1318(a)(A)(5) à 33.

⁴ La lettre de demande de renseignements au titre de s 104(e) de la CERCLA exige non seulement une réponse initiale, mais crée une obligation continue de mettre à jour ces réponses au fur et à mesure que les situations changent au fil du temps. Le fait de ne pas répondre, de répondre de mauvaise foi ou de donner de faux renseignements engage la responsabilité civile.

contraventions à la loi sont perpétrées en toute connaissance de cause, sont assimilées à de la négligence ou sont volontaires.⁵

Les États disposant de programmes environnementaux de conformité ou d'application de la loi qui sont autorisés par les autorités fédérales jouissent d'une gamme similaire de pouvoirs de collecte d'information. Ils disposent également de dispositions d'application de la loi de nature administrative, civile et criminelle.⁶

L'assignation d'enquête en Californie

En Californie, la loi confère aux organismes de réglementation et à leurs procureurs un outil d'enquête supplémentaire qui n'a pas son pareil dans l'une ou l'autre des lois environnementales fédérales. Cette assignation d'enquête (AE) autorise le chef d'un département (ce qui inclut le procureur général de l'État et, dans le cas d'enquête sur des infractions à la législation sur la concurrence déloyale, le procureur du district) à inspecter et à copier des registres, à mener des interrogatoires et à faire témoigner sous serment des gens d'une organisation dans le cadre d'une enquête, en l'absence de toute procédure ou poursuite officielle.⁷ Toute organisation qui reçoit une assignation d'enquête doit déléguer la personne la plus compétente pour témoigner sur les questions qui y sont mentionnées. Il existe des exigences entourant la signification adéquate d'un acte de procédure et des limites géographiques quant au lieu où la personne compétente désignée doit témoigner. Pourtant, la loi est muette quant au droit de cette personne à se faire représenter par un avocat pendant son témoignage. De plus, le procureur général et le procureur du district ont avisé les défendeurs dans ces instances qu'ils ne pourront obtenir une copie ni de la transcription du témoignage en question ni des documents que les procureurs de la poursuite lui montreront pendant l'interrogatoire. À ce jour, les tribunaux ont accepté l'analogie entre l'assignation d'enquête et un procès devant jury,

⁵ *Clean Air Act*, USC s 7413 à 42; *Clean Water Act*, USC s 1319 à 33; *RCRA*, USC s 6928 à 42; *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act of 1986* (EPCRA), USC s 11045 à 42; *Surface Mining Control and Reclamation Act*, USC ss 1268 et 1271 à 30 [SMCRA]; *Safe Drinking Water Act*, USC s 300h-2 à 42.

⁶ Si une entreprise se trouve confrontée à un litige civil ou criminel en raison d'un manquement à la conformité pouvant faire l'objet d'un recours à la fois en vertu du droit fédéral et de l'État, l'avocat de cette entreprise devrait établir si l'organisme d'application de la loi envisagera de conclure un règlement qui remédierait à la responsabilité de l'entreprise à la fois au titre du droit fédéral et du droit de l'État, et ce, pour toute accusation pouvant découler des faits déterminants de l'action en application de la loi. Ce type de remède peut prévenir des procédures répétées simultanées ou subséquentes d'application de la loi et réduire les coûts pour l'entreprise de façon spectaculaire.

⁷ *California Government Code*, s 11180-11191 (1921, dans sa version modifiée en 2003). Les exigences minimales d'une assignation d'enquête visant la production de documents et le témoignage sont établies par un test en trois volets : (1) l'enquête doit se dérouler sous l'autorité générale du département émetteur; (2) l'information visée par l'assignation doit être raisonnablement pertinente pour les besoins de l'enquête, bien que le département ne soit pas obligé de démontrer une cause probable ou des motifs valables; (3) l'information recherchée ne doit pas être trop imprécise.

dans le cadre duquel ni les témoins ni les témoins cibles (s'ils renoncent à leur droit constitutionnel de ne pas s'incriminer eux-mêmes) n'ont droit à un avocat. Si une entreprise croit que l'assignation d'enquête force à divulguer de l'information confidentielle ou un secret commercial, il revient à la personne compétente désignée de présenter suffisamment de preuves pour convaincre un tribunal que la valeur de ce secret ou de cette information pour l'entreprise l'emporte sur le besoin de l'organisme de l'obtenir.⁸ Le refus de répondre ou de répondre adéquatement à une assignation d'enquête ne peut être renversé que par une ordonnance de justification, accompagnée d'une autre ordonnance enjoignant au défendeur de comparaître à l'audience de justification. Cette audience se limite à évaluer le caractère adéquat de l'assignation selon les normes du test à trois volets décrits plus bas. Au cours de l'audience, si la personne qui en fait l'objet ne soulève aucune objection constitutionnelle fondée sur l'interdiction des fouilles et saisies déraisonnables (en vertu du quatrième amendement) ou sur le droit de ne pas s'incriminer (en vertu du cinquième amendement), l'audience se soldera par une renonciation. Un défendeur qui refuse de respecter une ordonnance qui l'oblige à divulguer l'information s'expose à un outrage au tribunal, mais l'ordonnance de divulgation peut faire l'objet d'un appel direct à titre de jugement final, et aucune sanction ne peut être imposée à un défendeur qui refuse de répondre tant et aussi longtemps qu'une ordonnance de le faire est visée par un appel.⁹

Le coût de l'inobservation des normes et la raison d'être des programmes internes de gestion de l'environnement

Il est évident que le personnel d'organisme de réglementation peut obtenir des preuves lorsqu'une entreprise contrevient aux conditions de son permis ou à d'autres obligations légales ou réglementaires à *l'un ou l'autre* des stades de son processus de collecte d'information. Ce personnel est formé pour établir le poids de cette preuve à partir de son

⁸ Si l'entreprise et sa personne compétente craignent que l'assignation d'enquête mène à la production de renseignements commerciaux confidentiels ou de données commerciales secrètes, ils *doivent* le signaler et prévenir la divulgation le plus tôt possible. Autrement, ils pourraient être réputés avoir renoncé au droit de demander des mesures de protection contre cette divulgation à une date ultérieure. Pendant l'exécution de mandats de perquisition, une société doit aussi être prête à faire cette revendication ou à risquer de perdre le droit de le faire plus tard. Toutefois, en contexte de mandat de perquisition, si l'équipe gouvernementale qui exécute le mandat sait que la portée du mandat pourrait englober des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat, des secrets commerciaux ou des documents d'affaires confidentiels, elle peut demander au juge qui a approuvé le mandat de désigner un avocat pour l'accompagner. Cet avocat examinera alors tous les dossiers et documents à propos desquels la société invoque ces privilèges et revendications. Ensuite, il les copiera, puis les consignera dans une enveloppe scellée portant une mention en ce sens. Le tribunal en prendra connaissance plus tard lors d'une audience extraordinaire à huis clos, pendant laquelle l'entreprise aura l'occasion de convaincre le tribunal de ne pas ordonner la production des documents au gouvernement.

⁹ Se reporter généralement à Deborah J Schmall et Buck B Endemann, « Investigative Subpoenas Wielded by California Prosecutors » (Congrès annuel de la section de droit environnemental du Barreau de l'État de la Californie, Yosemite, 2014).

évaluation d'un nombre de variables, comme la gravité d'une menace réelle ou potentielle pour l'environnement ou la santé publique; la mesure dans laquelle la violation est accidentelle, intentionnelle ou associée à de la négligence; la durée de cette violation; les antécédents de l'entreprise ou de l'installation en matière de conformité; la mesure dans laquelle la culture de l'installation et de l'entité de plus grande envergure dont elle fait partie a intégré une règle morale de conformité à la réglementation dans l'exercice de leurs activités, dans leurs pratiques et dans leurs philosophies de gestion; l'attitude coopérative ou combative du personnel et de la direction de l'installation. Conséquemment, la découverte de preuves de violations relativement mineures pendant l'inspection de routine d'un organisme de réglementation peut entraîner une petite amende, alors que des violations plus graves peuvent mener à l'émission d'une ordonnance de sanctions administratives par l'organisme, à une ordonnance civile d'exécution ou au renvoi du dossier au département de la Justice des É.-U., au procureur général de l'État ou à un procureur de district, et ce, pour qu'une poursuite civile et (ou) criminelle soit engagée à l'égard de l'entité commerciale, ses employés et (ou) ses dirigeants.

Les dispositions d'application des principales lois environnementales fédérales apportent peu d'éclaircissements sur les types d'actes et d'omissions qui mèneront à des procédures criminelles, civiles ou administratives. Dans bien des cas, le même recours peut être intenté dans chacune de ces trois instances. C'est le pouvoir discrétionnaire de poursuite qui détermine ultimement si des accusations criminelles seront portées, mais pour les entreprises et leurs avocats, cette incertitude ne fait que créer de l'angoisse quant au moment et quant à l'arme d'application de la loi qui sera utilisée contre eux.¹⁰

Les ordonnances exécutoires et indépendantes de mesures correctives constituent les composantes d'« exécution forcée de la conformité » des procédures administratives, civiles ou criminelles d'application de la loi. Elles peuvent exiger l'exécution de mesures correctives telles que les enquêtes sur les mesures de redressement, les études de faisabilité et les plans d'action de redressement, y compris l'installation de puits de surveillance des eaux souterraines servant à vérifier l'élimination de source de

¹⁰ Se reporter à David M Uhlmann, « Prosecutorial Discretion and Environmental Crime » (août 2015) 45 *Envtl L Rep* 10801. Dans les dispositions d'application de la loi de la législation environnementale fédérale, le Congrès a distingué de façon limitée les lois qui pouvaient mener à des sanctions criminelles, civiles ou administratives. Une même violation peut souvent mener à une sanction criminelle, civile ou administrative. Dans certains cas, le libellé des dispositions prévoyant les sanctions établira une différence entre une infraction commise en toute connaissance de cause, par négligence, de façon intentionnelle ou volontaire. Dans d'autres cas (CERCLA ou Superfund, par exemple) la loi prévoit une norme de responsabilité stricte pour le dépôt d'accusation, où l'état mental ou l'intention du défendeur n'a aucune importance. Puisque l'état mental constitue un critère déterminant pour seulement un petit sous-ensemble d'infractions, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite est le facteur qui déterminera ultimement les infractions qui mèneront à une poursuite au criminel. La portée du pouvoir discrétionnaire assume un rôle particulièrement crucial dans les affaires environnementales, car de nombreux comportements sont susceptibles de tomber sous l'application des dispositions criminelles des lois environnementales.

contamination et le confinement de la migration de contaminant. Autrement, elles peuvent forcer la rectification ou le remplacement d'un processus inefficace et (ou) la réparation ou le remplacement d'équipement de lutte contre la pollution ayant causé directement ou indirectement le déversement ou l'émission de polluants dont les niveaux de concentration excèdent les normes fédérales et (ou) d'État, en faisant accompagner ces mesures par des systèmes plus rigoureux de détection des déversements et des fuites. Étant donné que les entreprises doivent affecter toutes les ressources financières et humaines nécessaires pour respecter ces types d'ordonnances d'actions correctives, sans interrompre leurs activités quotidiennes, puisqu'elles ont des quotas de production et des prévisions de revenus à atteindre, elles doivent habituellement faire appel à un cabinet professionnel de consultation et d'ingénierie environnementale que l'on sait capable d'apporter les correctifs nécessaires et de travailler efficacement avec l'organisme de réglementation responsable. Afin de maximiser leur contrôle sur la production ou la communication ultérieure des rapports et des notes du consultant, les entreprises susceptibles d'être visées par de telles ordonnances d'exécution devraient faire en sorte que leur avocat externe spécialisé en environnement engage le cabinet de consultant au moyen d'un contrat selon lequel le cabinet de consultant travaille et produit des rapports pour l'avocat externe, lesquels sont protégés par le secret professionnel de l'avocat en raison des litiges réels ou éventuels.

L'un des moyens les plus efficaces pour les entreprises de limiter les coûts substantiels que représentent les ordonnances de conformité et les litiges sur les infractions environnementales consiste à élaborer, à institutionnaliser et à peaufiner périodiquement un programme organisationnel interne de gestion de la conformité environnementale. Ces types de programmes comprennent le genre de pratique de vérification interne de la conformité environnementale auquel l'EPA, le département de la Justice ainsi que plusieurs procureurs généraux et organismes gouvernementaux s'attendent maintenant de la part de la collectivité assujettie à la réglementation.

PROGRAMMES ORGANISATIONNELS INTERNES DE GESTION DE LA CONFORMITÉ ENVIRONNEMENTALE ET POLITIQUE DE VÉRIFICATION DE L'EPA

L'EPA des États-Unis a publié pour la première fois en 1986 un énoncé de politique de vérification environnementale afin de réagir à l'augmentation rapide du nombre de pratiques et de politiques de vérification volontaire en environnement qui avait déjà eu lieu dans certains secteurs de la collectivité assujettie à la réglementation. Une étude menée par Price-Waterhouse en 1995 révèle que plus de 90 % des entreprises exerçant des activités dans des secteurs de l'industrie fortement réglementés, comme le raffinage

du pétrole et la fabrication de produits chimiques, s'étaient déjà dotées d'une forme de procédures d'autovérification périodique.¹¹

En 1995, l'EPA a publié sa première politique de vérification finale (*Audit Policy Interpretive Guidance*),¹² suivie 13 mois plus tard par sa directive d'interprétation,¹³ un document de 40 pages qui, pour la première fois, a exprimé l'engagement de l'EPA à accorder la clémence dans une mesure limitée aux entreprises qui ont découvert des infractions par elles-mêmes, les ont divulguées promptement, y ont remédié rapidement et ont pris des mesures sérieuses pour éviter que ces infractions ne se reproduisent. Une nouvelle politique finale de vérification, qui a remplacé la politique de 1995, a vu le jour en 2000 et demeure en vigueur aujourd'hui, avec certaines modifications.¹⁴

La politique de vérification de 2000 de l'EPA encourage les organisations à se réglementer elles-mêmes, à divulguer leurs infractions environnementales et à y remédier. Quant aux sociétés qui répondent aux conditions de la politique, cette dernière offre les quatre incitatifs suivants : (1) l'EPA ne cherchera pas à imposer des sanctions basées sur la gravité aux entités qui divulguent elles-mêmes leur situation et qui répondent aux neuf critères de la politique, y compris la communication systématique, bien qu'elle conserve le pouvoir discrétionnaire de recouvrer « l'avantage économique » de la composante sanction civile,¹⁵ (2) les sanctions fondées sur la gravité seront réduites de 75 % lorsque l'entité divulgateuse ne détecte pas la violation à l'occasion d'une communication systématique, mais qu'elle répond à toutes les autres conditions de la politique; (3) lorsqu'une divulgation conforme aux conditions et aux modalités de la politique mène à une enquête criminelle, l'EPA [TRADUCTION] « se gardera généralement de recommander d'engager une poursuite criminelle contre l'entité divulgateuse, quoique l'organisme gouvernemental puisse recommander de poursuivre les personnes physiques

¹¹ Se reporter à Lawrence Culleen et Thomas Glazer, « Let's Make A Deal: Twenty Years of EPA's Audit Policy » (hiver 2016) 30 Nat Resources & Env't 3.

¹² « Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations », 60 Federal Register 66706 (22 décembre 1995).

¹³ « Audit Policy Interpretive Guidance », 15 janvier 1997, en ligne : <<http://www.epa.gov/sites/production/files/documents/audpolintepgui-mem.pdf>>.

¹⁴ Se reporter à la version finale révisée de la politique de l'EPA, « Incentives for Self-Policing: Discovery, Disclosure, Correction and Prevention of Violations » 65 Registre fédéral 19618-19627 (11 avril 2000) [Audit Policy], en ligne : <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2000-04-11/pdf/00-8954.pdf>> et la note de service de 2007 de l'EPA intitulée « Issuance of Audit Policy: Frequently Asked Questions », en ligne : <<http://www.epa.gov/compliance/incentives/auditing/auditpolicy.html>>.

¹⁵ [TRADUCTION] « La communication systématique s'entend de la "détection d'une infraction éventuelle par une vérification environnementale ou un système de gestion de la conformité qui témoigne de la diligence de l'entité dans la prévention, la détection et la correction d'infractions". Cette renonciation à une sanction basée sur la gravité pour les sociétés qui détectent les infractions grâce à un système de "communication systématique" témoigne de la reconnaissance par l'EPA que [TRADUCTION] "les vérifications environnementales et les systèmes de gestion de la conformité jouent un rôle crucial dans la protection de la santé humaine et de l'environnement en détectant les infractions, en y remédiant, puis en empêchant ultimement qu'elles se reproduisent". » Audit Policy, *supra* note 14 at 65 FR 19620.

et les autres entités fautives¹⁶ »; (4) l'EPA, dans une réaffirmation de sa politique depuis 1986, ne demandera pas ponctuellement à obtenir des copies de rapports de vérification de la part des entités divulgatrices en vue de déclencher d'autres enquêtes d'application de la loi.

Pour que l'EPA accepte de renoncer à imposer toute sanction basée sur la gravité aux entités divulgatrices, ces dernières doivent respecter neuf conditions prévues dans la politique de vérification. Les plus importantes sont la « communication systématique » de la violation; la découverte de la violation sur une base volontaire, ce qui exclut toute procédure requise par le gouvernement; la divulgation de l'infraction à l'EPA dans un délai de 21 jours de la découverte; la rectification de la violation, accompagnée d'une attestation en ce sens à tous les organismes gouvernementaux pertinents dans un délai de 60 jours; l'amélioration du système de gestion environnementale de l'entité afin d'éviter que la violation se reproduise. Les avantages de la politique sont exclus pour toute violation ayant causé un dommage réel et grave à l'environnement, qui a pu constituer une menace imminente et considérable pour la santé publique et l'environnement ou qui viole des conditions particulières de toute ordonnance, entente de consentement ou transaction pénale.¹⁷

En outre, l'EPA s'oppose catégoriquement aux lois de certains États qui créent un privilège légal pour les vérifications environnementales tout en accordant l'immunité aux sociétés à l'égard de certains modes d'application de la loi lorsqu'elles répondent aux exigences de la loi en matière de vérification. [TRADUCTION] « Les lois qui prévoient l'immunité et un privilège sur la vérification sont superflues, elles minent l'application de la loi et elles nuisent à la protection de la santé des gens et à l'environnement, en plus de porter atteinte au droit du public de connaître les menaces environnementales réelles et potentielles. »¹⁸

Les entreprises dotées de programmes internes de gestion de la conformité en environnement, que ce soit ou non par l'intermédiaire d'un système de gestion

¹⁶ *Ibid.* L'EPA note également que cet incitatif ne sera pas offert lorsque [TRADUCTION] « les dirigeants de l'organisation sont sciemment impliqués dans une infraction, l'ignorent volontairement, camouflent ou tolèrent un manquement à la conformité ». De plus, même si l'EPA ne recommande pas de poursuivre au criminel les entités divulgatrices, elle reconnaît que [TRADUCTION] « la discrétion ultime de poursuivre revient au département de la Justice américaine ».

¹⁷ L'EPA a publié son approche provisoire relative à l'application de la politique de vérification aux nouveaux propriétaires, « *Interim Approach to Applying the Audit Policy to New Owners* ». Cette approche, entrée en vigueur le 1^{er} août 2008, invite notamment les nouveaux propriétaires d'installations existantes à divulguer des violations menaçantes que leur diligence a permis de découvrir au moment de leur acquisition. Selon cette approche, les sociétés acheteuses bénéficient d'un délai de neuf mois, à compter de la date de conclusion, pour divulguer les violations et conclure une entente de vérification avec l'EPA. Se reporter, en ligne : <<http://www.epa.gov/compliance/epas-interim-approach-applying-audit-policy-new-owners>>.

¹⁸ Audit Policy, *supra* note 14 at 65 FR 19623.

environnementale avec la certification ISO 14001,¹⁹ ont avantage à institutionnaliser une stratégie de divulgation volontaire et d'action corrective rapide en matière d'infractions environnementales. Ils reconnaissent à la fois l'importance et la vigilance requise pour mettre en œuvre et maintenir un programme interne de vérification qui est soutenu par tous les niveaux de l'organisation, même devant la perspective de l'interruption des activités, du mécontentement de la clientèle et du besoin de trouver de nouvelles façons de collaborer entre les unités d'affaires habituellement indépendantes. Une analyse empirique réalisée en 2010 à la Harvard Business School a révélé que les installations qui ont volontairement divulgué des infractions ont 17 % moins de risque de subir une inspection, comparativement aux installations qui n'ont pas tiré avantage de la politique de vérification de l'EPA.²⁰

Le 9 septembre 2015, il est possible que le département de la Justice (DJ) ait accru de façon drastique l'importance des programmes organisationnels internes de gestion de l'environnement. À cette date, Sally Yates, sous-procureure générale des É.-U., a publié une note intitulée « Individual Accountability for Corporate Wrongdoing » (Note Yates). Cette note s'applique aux futures enquêtes sur les méfaits des organisations, ainsi qu'aux enquêtes en instance au 9 septembre 2015, dans la mesure du possible. Elle vise principalement à [TRADUCTION] « tirer pleinement parti des ressources [du département de la Justice] et à identifier [puis poursuivre] les personnes coupables à tous les échelons dans les affaires concernant les organisations ». ²¹ Même les avocats, qui voient principalement la Note Yates comme un nouvel énoncé de la pratique existante, estiment que la publication de cette note est hautement significative.²²

LA NOTE YATES ET LE MANUEL DES PROCUREURS DES É.-U.

La Note Yates modifie les dispositions de la version courante des principes relatifs aux poursuites fédérales des entreprises (*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*) au titre 9 (affaires criminelles) du manuel des procureurs des É.-U. (*United States Attorneys' Manual*) (USAM) ainsi que les dispositions sur les règlements et la fermeture des instances (*Compromising and Closing*) du titre 4 (affaires civiles) de

¹⁹ Se reporter, en ligne : <<http://www.epa.gov/ems>>. Le SGE le plus couramment utilisé est celui que l'Organisation internationale de normalisation a conçu pour sa norme ISO 14001, établie pour la première fois en 1996.

²⁰ Cullen & Glazer, *supra* note 11 à 6.

²¹ Sally Yates, sous-procureure générale des É.-U., *Memorandum re Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 9 septembre 2015 [Note Yates], en ligne : <<http://www.justice.gov/dag/file/769036/download>>. Son objet et son champ d'application sont détaillés, car elle s'adresse aux procureurs généraux adjoints des divisions antitrust, civile, criminelle, de l'environnement et des ressources naturelles, de la sécurité nationale et fiscale du département de la Justice, ainsi qu'aux directeurs du Federal Bureau of Investigation et de l'Executive Office for United States Trustees.

²² Jonathan Segal et Daniel Walworth (Duane Morris LLP), *Individual Accountability and Investigations*, webinaire du 20 novembre 2015.

l'USAM.²³ Son apport principal aux politiques régissant les poursuites criminelles et civiles fédérales d'entreprises consiste à empêcher que *toute* collaboration joue comme circonstance atténuante dans les affaires où le DJ enquête sur les entreprises pour les besoins d'un acte d'accusation d'une poursuite éventuels, à *moins* que la société divulgue entièrement au DJ tous les faits pertinents relatifs à la mauvaise conduite d'individus.²⁴

L'USAM avise les procureurs fédéraux de tenir compte de dix facteurs au cours de l'enquête et au moment d'établir le type d'accusation à porter, de négocier un plaidoyer, de conclure un règlement et d'autres ententes. Six de ces facteurs sont directement liés aux considérations qui sous-tendent les programmes organisationnels internes de gestion de la conformité, sur lesquels insiste d'ailleurs la politique de vérification de l'EPA. Ils sont : le caractère répréhensible du méfait dans l'organisation, comme la complicité ou le laisser-faire de la direction (USAM 9-28.500); les antécédents de mauvaise conduite de la société, comme les mesures antérieures d'application de la loi en matière criminelle, civile et réglementaire qui ont été prises à son égard (USAM 9-28.600); la volonté de la société à collaborer avec l'enquête sur ses mandataires (USAM 9-28.700); l'efficacité du programme préexistant de conformité de la société, s'il y a lieu (USAM 9-28.800); la divulgation volontaire et en temps opportun du méfait par la société (USAM 9-28.900) et les mesures de réparation de la société, p. ex., toute mesure qui vise à mettre en œuvre un programme organisationnel efficace de conformité, à améliorer le programme déjà en place, à remplacer les membres de la direction responsables, à sanctionner ou congédier les fautifs, à verser une compensation et à collaborer avec les organismes gouvernementaux compétents (USAM 9-28.1000).

Les employés de chaque entreprise assujettie doivent comprendre que lorsque des inspecteurs d'un organisme gouvernemental arrivent à l'entrée de l'installation et demandent d'y entrer pour y mener une inspection, ces inspecteurs, ainsi que les gestionnaires de l'organisme, l'avocat à l'interne de cet organisme et les autorités fédérales d'application de la loi à qui cet avocat peut signaler des violations en vue d'une poursuite civile ou criminelle, jugeront de la culpabilité potentielle de l'entreprise et de ses employés en se référant à ces facteurs décisionnels.

La Note Yates et, maintenant, l'USAM, enjoignent au DJ d'intenter des poursuites pour chaque méfait civil et criminel commis par une organisation en suivant six lignes directrices :

- 1) Pour faire en sorte que toute collaboration joue comme une circonstance atténuante au titre des *Principles of Federal Prosecution of Business*

²³ Se reporter, en ligne : <<http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual>>, USAM, au titre 9, chapitre 9-28 (intitulé « Principles of Federal Prosecution of Business Organizations ») et au titre 4 (affaires civiles) de l'USAM, une nouvelle s 4-3.100 (intitulée « Pursuit of Claims Against Individuals »).

²⁴ USAM à 9-28.700. L'exigence de divulgation complète pour que *toute* collaboration joue comme circonstance atténuante est plus souple en contexte civil qu'en contexte criminel.

- Organizations*, l'entreprise doit divulguer au département tous les faits pertinents concernant les actes individuels de mauvaise conduite.
- 2) Les enquêtes criminelles et civiles devraient se concentrer sur les individus dès leur commencement.
 - 3) Les avocats civilistes et criminalistes qui gèrent des enquêtes sur des sociétés devraient communiquer couramment entre eux.
 - 4) En l'absence de circonstances extraordinaires, aucune résolution organisationnelle n'offrira d'exonération de responsabilité criminelle ou civile pour quiconque.
 - 5) Les affaires concernant les sociétés ne devraient pas être résolues sans un plan clair qui vise à résoudre les cas individuels connexes avant la date de prescription, et il faut se souvenir des cas où surviennent de telles exceptions déclinatoires.
 - 6) Les avocats en droit civil devraient constamment se concentrer autant sur les individus que sur la société, pour décider de poursuivre ou non un individu sur des considérations qui vont au-delà de la capacité de payer de ce dernier.²⁵

En ce qui concerne le principe général de la collaboration qui peut jouer comme circonstance atténuante, l'USAM indique [TRADUCTION] « [qu']une entreprise n'a pas à renoncer au secret professionnel de l'avocat et ni à la confidentialité du produit du travail de l'avocat afin de satisfaire à ce critère.²⁶ L'ampleur des circonstances atténuantes obtenues de la collaboration dépendra de tous les divers facteurs appliqués traditionnellement pour les besoins de cette évaluation (p. ex. l'opportunité de la collaboration, la diligence, la profondeur et la vitesse de l'enquête interne et l'initiative derrière la collaboration, le cas échéant) ». ²⁷

L'INSPECTION RÉGLEMENTAIRE, LES INTERROGATOIRES D'EMPLOYÉS ET LES QUESTIONS RELATIVES AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

²⁵ Yates Memo, *supra* note 21 à 3-7 (note de bas de page omise; soulignement présent dans l'original).

²⁶ USAM à 9-28.720.

²⁷ « Comme nous le savons tous, un conseil juridique est protégé par le secret professionnel. Les faits ne le sont pas. Si un cabinet d'avocat questionne un employé d'une organisation pendant une enquête, les notes qui en sont générées peuvent être protégées, du moins en partie, par le secret professionnel de l'avocat à titre de produit du travail de l'avocat. Pour que la collaboration d'une organisation joue comme circonstance atténuante, elle n'a pas à produire le matériel protégé; les poursuivants ne le demanderont pas non plus. L'organisation qui souhaite faire jouer sa collaboration comme une circonstance atténuante doit cependant relater tous les faits pertinents, y compris les faits appris grâce à ces interrogatoires – à moins que des renseignements identiques aient déjà été communiqués. On respectera le secret professionnel, tout en s'attendant que les sociétés respectent les limites de ce privilège et qu'elles n'exploitent pas son objet légitime à des fins illicites en s'en servant pour cacher des renseignements non privilégiés des enquêteurs. » Remarques de la sous-procureure générale Sally Yates au congrès de l'American Bankers Association et de l'American Bar Association sur le blanchiment d'argent, à Washington (D.C.), le 16 novembre 2015, en ligne : <<http://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-quillian-yates-delivers-remarks-american-banking-0>>.

L'accent de la Note Yates sur l'identification et la poursuite des individus coupables à la fois dans les affaires civiles et criminelles, et les politiques auxquelles elle accorde la priorité pour arriver à ces fins, ont des conséquences potentiellement extraordinaires, non testées à ce jour, dans l'application des lois fédérales criminelles et civiles en matière environnementale aux États-Unis, au moins quant aux aspects suivants : (1) la façon dont les sociétés et leurs employés se préparent et réagissent aux inspections environnementales réglementaires; (2) la préparation aux interrogatoires d'employés dans les enquêtes internes et d'organismes de réglementation, y compris la question de fournir un avocat indépendant aux employés et à quel moment; (3) les relations de la société avec ses employés et avec ses cadres; (4) la vigilance accrue du gouvernement à l'égard des sociétés qui invoquent le secret professionnel de l'avocat pour justifier leur refus de présenter l'information demandée.²⁸

²⁸ Ici, il est possible d'examiner seulement la première situation et une partie de la deuxième. La troisième et la quatrième échappent à la portée de cet article. Ce dernier ne traite pas non plus du moment auquel la société devrait fournir à ses frais les services d'un avocat indépendant à un employé ni des cas où la société devrait indemniser l'employé.

L'inspection par un organisme de réglementation et le rôle du conseiller juridique de la société

Au cours de chacune des cinq années entre 2009 et 2013, l'EPA a inspecté en moyenne 20 000 installations autrement qu'au titre de la CERCLA; elle a mené entre 200 et 300 enquêtes multimédias réparties sur plusieurs jours, desquelles ont mené au dépôt d'environ 3 000 dossiers d'application de la loi au civil. La très grande majorité des inspections d'installations ne font intervenir qu'un ou deux enquêteurs; les procureurs entrent en scène dans moins d'un pour cent des cas. La plupart des inspections ne sont pas annoncées, car le personnel des organismes gouvernementaux désire obtenir, comme on peut s'y attendre, un portrait en temps réel de la façon dont chaque entité assujettie exerce ses activités. Toutes les inspections, sauf celles effectuées en vertu d'un mandat de perquisition, nécessitent le consentement de la direction de l'installation, même si le permis d'exploitation de pratiquement toutes les installations les oblige à permettre l'accès « à des heures raisonnables » ou « pendant les heures ouvrables habituelles » afin que le personnel de l'organisme de réglementation puisse en évaluer la conformité. Il existe plusieurs raisons d'effectuer une inspection sans mandat (c.-à-d. ordinaire) : une vérification de routine de la conformité aux conditions et aux modalités des permis, le renvoi d'un dossier par d'autres organismes gouvernementaux, des plaintes de citoyens, des suivis sur des inspections antérieures, des lettres de demandes d'information et des évaluations annuelles ou bisannuelles d'efficacité des programmes.²⁹

Habituellement, les inspections sans mandat de l'EPA ou des organismes environnementaux de réglementation de la Californie se font avec deux inspecteurs. À leur arrivée, ces inspecteurs présentent leurs titres de compétences, puis demandent à pénétrer dans les lieux et à s'entretenir avec la « personne responsable ». L'inspecteur principal commence par expliquer l'objet et la portée de l'inspection lors d'une « rencontre d'ouverture » afin que les gestionnaires de l'installation puissent apporter aux inspecteurs la meilleure aide possible, que ces gestionnaires énumèrent aux inspecteurs les chantiers de construction en cours dans l'installation et qu'ils les informent des dangers pour leur sécurité.³⁰ Pendant cette rencontre, les inspecteurs déterminent les registres particuliers de l'installation qu'ils veulent examiner ou reproduire. (La société doit remettre des copies au gouvernement et consigner les originaux dans ses dossiers.)

²⁹ Jessica Ching-yi Kao, avocate régionale de l'EPA (région IX), « Knock, Knock, Knocking on Office Doors: A 'How-to Guide' to Responding to Environmental Enforcement Agency Investigations », (Remarques en octobre 2014 à l'occasion du congrès de la section du droit de l'environnement du Barreau de l'État de la Californie, lequel se tient annuellement au Yosemite (webinaire) [Knock, Knock].

³⁰ Non seulement les enquêtes criminelles se passent de rencontres d'ouverture, mais les enquêteurs peuvent arriver, présenter leurs titres de compétences, pénétrer dans l'installation, et commencer à inspecter, recueillir des échantillons, saisir des éléments de preuve et questionner des employés. Se reporter à Craig D Galli et Gregory E Goldberg (Holland & Hart LLP), « Methodology and Ethics of Internal Investigations of Environmental Crimes – Domestic and International Considerations » (2015) 61 Rocky Mtn Mineral Law Inst 24-26.

Les inspecteurs peuvent pendre des photographies de l'équipement de traitement et de lutte contre la pollution. Ils peuvent également recueillir des échantillons de sol et de liquide n'importe où sur le terrain ou à l'extérieur, là où il est possible de le faire sans danger. Habituellement, les inspecteurs remettent à l'installation une partie de chacun des échantillons physiques qu'ils auront recueillis, mais le personnel devrait néanmoins les demander expressément.³¹

Un ou plusieurs employés de l'installation doivent toujours accompagner les inspecteurs quand ils se trouvent dans les lieux de l'entreprise. Certains organismes gouvernementaux exigent que des membres du personnel de l'installation accompagnent leurs inspecteurs à chaque étape de l'inspection, à la fois pour la superviser et pour répondre au fur et à mesure à toutes les questions des inspecteurs.³² Le personnel de l'installation doit parfois faire preuve de beaucoup d'adresse pour s'assurer que l'inspection se limite à son objet et qu'elle ne perturbe ou n'interrompe pas indûment les activités de l'installation tout en ne restreignant pas les activités des inspecteurs au point où cela soit perçu comme une entrave à la justice.³³ Au cours de la « rencontre de clôture », les inspecteurs donnent habituellement un aperçu de leurs observations et relèvent des déficiences précises à examiner. Puisque tout ce qui est mentionné au cours d'une rencontre de clôture (en plus des nombreuses autres choses non mentionnées) figurera dans le rapport d'inspection final, l'installation doit comprendre les détails de chaque déficience relevée et y répondre. Ainsi, lorsque le rapport final sera communiqué, la réponse et les commentaires de l'installation montreront la rapidité et l'efficacité avec laquelle elle a pris les mesures correctives nécessaires.

De plus en plus d'affaires d'application de la loi comportant une sanction importante naissent du phénomène communément appelé « fouilles de poubelles ». Il consiste, pour les inspecteurs d'organismes gouvernementaux, à intercepter les camions privés de transport de déchets qui viennent d'effectuer leur chargement à l'installation. Les inspecteurs attendent juste à l'extérieur de la propriété privée de la société pour intercepter le camion avant que les déchets de l'installation ne soient mélangés avec ceux d'autres installations où le camion doit aller récupérer un chargement. Il existe en droit fédéral et californien un précédent juridique selon lequel ni les individus ni les organisations n'ont d'expectative légitime de vie privée par rapport aux déchets qu'ils rendent accessibles dans le but de les faire enlever par une administration locale ou par

³¹ Knock, Knock, *supra* note 29. En vertu de la RCRA, l'EPA doit remettre, si on le lui demande, une partie des échantillons; elle doit aussi divulguer rapidement tous les résultats d'analyse. (RCRA s 3007(a), 42 USC s 6927(a)). Bien que ni la *Clean Air Act* ni la *Clean Water Act* n'obligent l'EPA à fournir une partie des échantillons ou les résultats d'analyse, l'orientation et la pratique générale de l'EPA indiquent qu'elle en a le devoir. Se reporter au manuel d'inspection sur la conformité du NPDES (EPA), à 2-17 (2004); manuel sur les enquêtes multimédias, à l'annexe M-8 (1992).

³² Selon l'expérience de l'auteur, c'est le cas de la région IX de l'EPA et des organismes environnementaux de réglementation de la Californie. Toutefois, les pratiques peuvent varier d'un organisme à l'autre, à l'instar des pratiques d'un même organisme selon la région.

³³ Se reporter à 18 USC s 1501 et suivants (chapitre 73, intitulé « Obstruction of Justice »).

des transporteurs privés. Ce faisant, ces « fouilles de poubelles » ne violent pas l'interdiction des fouilles et saisies déraisonnables qui est prévue au quatrième amendement à la constitution de ce pays.³⁴

Durant la majorité des inspections sans mandat par des organismes, il n'est pas nécessaire que le conseiller juridique (interne ou externe) de la société soit présent. Sa présence peut aussi inciter les inspecteurs à croire à tort que l'entreprise a quelque chose à cacher. Cependant, dans la situation inhabituelle où trois inspecteurs ou plus sont présents ou si plus d'un organisme de réglementation participe à l'inspection, il est alors recommandé qu'un avocat externe soit présent.³⁵ Avant que ce « moment de vérité » n'arrive, les avocats internes et externes doivent retirer de l'installation la plus grande quantité possible de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et de produits du travail de l'avocat. Il faut aussi mettre de côté tout renseignement privilégié qui est ou qui doit être conservé dans l'installation, puis y inscrire une mention adéquate afin d'écarter ou de réduire au minimum la possibilité qu'un employé de l'installation le divulgue par mégarde. Si, dans d'extraordinaires circonstances, l'avocat externe *doit* assister à une inspection sans mandat, mais qu'il n'est pas en mesure de le faire (soit parce qu'il ou elle est trop loin ou parce que les inspecteurs refusent d'attendre), cet avocat doit alors mesurer les avantages et les inconvénients d'aviser les inspecteurs, directement ou par l'entremise de l'avocat de l'organisme gouvernemental, que la société ne consentira pas à ce que l'installation soit inspectée et à ce que ses employés soient questionnés tant et aussi longtemps que l'avocat ne sera pas effectivement présent.

Si l'inspection est autorisée par un mandat, plus particulièrement un mandat criminel, les employés ou l'avocat de l'installation doivent immédiatement faire une copie du mandat afin de bien connaître la portée de l'inspection ainsi que de la saisie des documents et des objets. Dans cette situation, il est des plus crucial que l'avocat externe de la société soit présent, mais la loi n'oblige pas les enquêteurs gouvernementaux à attendre l'arrivée de l'avocat de la société avant d'exécuter le mandat. S'ils refusent d'attendre, l'avocat de la société doit officiellement s'opposer à l'exécution du mandat en son absence. Il doit aussi invoquer la protection du produit du travail de l'avocat et du secret professionnel de l'avocat à l'égard de tous les documents et les renseignements visés. Dans la mesure où de tels documents sont conservés dans l'installation et qu'ils sont clairement identifiés et

³⁴ “Knock, Knock,” *supra* note 29, précité remarques de Deborah Schmall, associée, Paul Hastings LLP.

³⁵ Dans ces situations, le personnel de l'installation doit immédiatement appeler l'avocat externe afin que ce dernier tente de se présenter dans l'installation avant le début de l'inspection. L'employé « responsable » de l'installation demande aux inspecteurs d'attendre l'avocat externe de la société. S'ils refusent, l'avocat doit soit aviser les inspecteurs que l'installation ne permet pas aux inspecteurs de pénétrer dans l'installation et de questionner les employés en l'absence de son avocat, soit consentir à l'inspection et laisser les inspecteurs questionner les employés en son absence. Si l'inspection va de l'avant en l'absence de l'avocat de la société, les employés de l'installation doivent être encore plus vigilants qu'à l'habitude. Pour ce faire, ils doivent documenter tout ce que les inspecteurs disent avec précision, prendre note des parties de l'installation qu'ils visitent et photographie, puis noter les endroits où ils prélèvent des échantillons.

mis à l'écart, l'avocat de la société, aidé du personnel de l'installation, peut préalablement les porter à l'attention des enquêteurs.³⁶

L'idéal est qu'un avocat externe soit immédiatement mis au courant si des inspecteurs se présentent avec un mandat de perquisition. Ainsi, l'avocat peut s'entretenir directement avec les inspecteurs pour prendre connaissance de la portée et des modalités secondaires du mandat, puis pour demander aux inspecteurs s'ils acceptent de retarder l'exécution du mandat jusqu'à l'arrivée de l'avocat, ou, à la rigueur, d'attendre à une date ultérieure approuvée pour questionner des employés en présence de l'avocat externe. Si l'avocat externe n'arrive pas à persuader les enquêteurs de retarder l'exécution du mandat jusqu'à son arrivée, il doit alors tenter de les persuader, à tout le moins, de ne pas questionner d'employés en son absence.³⁷ Puisque cela pourrait s'avérer impossible, l'avocat interne et l'avocat externe doivent avoir prévenu tous les employés que dans ces situations, ils ont le droit de demander que l'avocat de la société ou leur propre avocat indépendant soit présent pendant l'interrogatoire. Les employés de l'installation ont surtout besoin d'entendre de la part de l'avocat de la société qu'à tout moment où un fonctionnaire d'organisme gouvernemental les questionne, ils doivent lui apporter toute leur collaboration, dire la vérité et ne fournir que l'information demandée.

Les interrogatoires d'employés et les questions liées au secret professionnel de l'avocat

non le luxe d'engager un avocat formé spécialement dans les affaires d'inspections environnementales criminelles, elle doit préparer ses employés aux interrogatoires des enquêteurs gouvernementaux. L'avocat de la société doit être absolument convaincu que les employés comprennent qu'ils doivent collaborer avec les enquêteurs gouvernementaux qui veulent les questionner, que les employés choisissent ou non de se

³⁶ Des documents contenant des secrets commerciaux ou des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) ne peuvent être soustraits à une saisie en vertu d'un mandat ou à un examen durant une inspection sans mandat. Au lieu de cela, chaque page de tout document contenant des données de secrets commerciaux ou des RCC doit comporter une mention bien visible et appropriée sur sa nature. Autrement, l'entreprise sera réputée avoir renoncé à son droit d'invoquer cette protection dans des procédures ultérieures, lorsque le gouvernement cherchera à déposer en preuve ces documents, ou elle sera réputée avoir renoncé à son droit de s'opposer à leur publication en vertu de la *Freedom of Information Act* fédérale ou au *Public Records Act* de Californie. Même si on invoque dans les formes prévues qu'ils contiennent des secrets commerciaux ou des RCC, les documents seront saisis et la société devra démontrer à un juge, lors d'une procédure ultérieure, qu'ils ne peuvent être divulgués sans causer un dommage réel et grave aux intérêts commerciaux protégés de l'entreprise.

³⁷ Galli & Goldberg, *supra* note 30 à 24-28. Si l'exécution du mandat se poursuit en l'absence de l'avocat de la société, le ou les employés responsables de l'installation doivent alors être prêts à suivre les inspecteurs à chaque étape pour s'assurer que l'inspection respecte la portée du mandat. Si, à tout moment, le ou les employés croient que l'inspection outrepassé les limites du mandat, ils doivent immédiatement formuler une objection précise aux inspecteurs, s'assurer que ces derniers en prennent note, puis leur permettre de continuer afin que l'objection ne soit pas perçue comme une entrave à la justice.

faire représenter par un avocat pendant l'interrogatoire. Assurément, les avocats de la société ont le droit de dire aux employés que leur participation aux interrogatoires des fonctionnaires est volontaire, qu'ils ont le droit de consulter l'avocat de la société s'ils le désirent (sans toutefois que la société puisse l'exiger), qu'ils ont droit à ce qu'un avocat soit présent avec eux pendant qu'ils se font questionner, et que cet avocat qui les accompagne peut être l'avocat de la société ou, s'il cela est approprié, leur propre avocat indépendant.

Que l'avocat de la société planifie de questionner un employé à l'occasion d'une enquête ou d'une vérification interne de la société, ou qu'il entende « seulement » informer l'employé de ses droits par rapport à un interrogatoire par un enquêteur d'un organisme gouvernemental, il doit donner à l'employé le conseil ou l'avertissement requis par l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Upjohn*.³⁸ L'avertissement de l'arrêt *Upjohn* a une plus grande portée lorsque c'est l'avocat de la société qui questionne l'employé à l'occasion d'une enquête interne, par rapport au cas où un fonctionnaire le fait dans le cadre d'une enquête externe. L'avertissement complet de l'arrêt *Upjohn* inclut les éléments suivants : l'avocat de la société représente cette dernière et non l'employé personnellement; l'entrevue, si elle est menée à l'interne, vise à recueillir de l'information en vue de fournir à la société des conseils juridiques à des fins commerciales; toutes les communications entre l'avocat de la société et l'employé sont protégées par le secret professionnel de l'avocat, qui appartient uniquement à la société et non à l'employé; seule la société peut renoncer à ce privilège et divulguer à autrui (y compris le gouvernement) une partie ou l'ensemble de ses communications avec l'employé, sans l'aviser au préalable; finalement, on demande à l'employé qu'il protège la confidentialité de tout ce qui a été dit.³⁹

Bien que la loi ou la jurisprudence ne l'exige pas, il est probablement recommandable pour l'avocat de la société de consigner par écrit chaque avertissement au titre de l'affaire *Upjohn* au lieu de se fier uniquement à la communication orale. S'il est établi plus tard que l'avertissement s'est révélé inadéquat, cela pourrait notamment entraîner la perte du privilège, exposer la société à des risques financiers et mener à des mesures disciplinaires à l'endroit de l'avocat de la société.⁴⁰

Comme il a été dit plus haut, la Note Yates et l'USAM mentionnent expressément la nature sacro-sainte du secret professionnel de l'avocat et de la doctrine du produit du

³⁸ *Upjohn Co v United States*, 449 US 383 (1981). Cette décision a appliqué le secret professionnel de l'avocat aux communications entre l'avocat d'une société et ses employés dans un contexte d'enquête interne. Alors que l'affaire *Upjohn* portait sur une enquête menée par un avocat externe, les tribunaux d'appel du D.C. Circuit ont récemment déclaré que le privilège s'applique à une enquête interne au cours de laquelle l'employé est questionné par un non-avocat à la demande de l'avocat interne de la société. *In re Kellogg, Brown & Root, Inc.*, 756 F.3d 754 (DC Cir 2014). Évidemment, le privilège s'appliquera également lorsque c'est l'avocat interne lui-même qui questionne l'employé.

³⁹ Se reporter, en général, à Galli et Goldberg, *supra* note 30.

⁴⁰ Se reporter à *United States v Ruehle*, 589 F.3d 600 (9th Cir 2009).

travail de l'avocat. L'USAM cite également les propos de la Cour suprême selon lesquels ce privilège [TRADUCTION] « vise à encourager la communication entière et franche entre les avocats et leurs clients et, par conséquent, favorise plus globalement les intérêts publics dans l'observation de la loi et l'administration de la justice ».⁴¹

La politique du DJ, réaffirmée dans la Note Yates, qui consiste à [TRADUCTION] « identifier et poursuivre les individus fautifs à tous les échelons dans les affaires concernant les sociétés », signifie que les sociétés doivent maintenant être encore plus conscientes qu'elles ont l'obligation de prendre rapidement des mesures lorsqu'elles apprennent des faits qui devraient raisonnablement les alerter de la possibilité d'un méfait de la part d'un employé. Si la société omet, délibérément ou par négligence, de faire rapidement enquête sur une preuve ou sur des allégations de manquement ou d'infraction, elle peut engager encore davantage sa responsabilité et celle de ses dirigeants concernés. La société doit être alerte aux indicateurs initiaux de risques de responsabilité civile ou criminelle, comme la réception d'une assignation ou d'une demande d'information de toute sorte de la part du gouvernement; des tentatives par des fonctionnaires de parler à des employés ou à des membres de la direction; des rapports et des allégations de lanceurs d'alerte et toute information révélée par le truchement de telles fonctions de conformité internes et réglementaires, comme une vérification, la production de rapports d'exercice courants et l'obligation de produire des rapports. Les sociétés dotées de solides systèmes internes de gestion environnementale ont plus de chances de reconnaître les types de faits habituellement courants qui peuvent former la base de sanctions d'application de la loi de nature civile et criminelle. Elles ont également plus de chances d'engager promptement un avocat spécialisé dans le droit et les règles d'éthiques sur les enquêtes internes et dans les affaires complexes de législation et de réglementation environnementales, autrement dit, un avocat qui les aidera à y voir plus clair dans les questions épineuses qui consistent à décider si elles devraient divulguer au gouvernement des faits sur la culpabilité des individus et comment le faire sans renoncer à des privilèges et des protections d'importance cruciale⁴². L'admonestation attribuée à feu l'inimitable Yogi Berra est particulièrement pertinente à ce sujet : [TRADUCTION] « Si vous ne savez pas où vous allez, vous pourriez vous retrouver ailleurs. »

⁴¹ USAM à 9.28-710 (Attorney-Client and Work Product Protections), citant le jugement dans l'affaire *Upjohn Co v United States*, 449 US à 389.

⁴² Se reporter à Segal et Walworth, *supra* note 22; Galli et Goldberg, *supra* note 30 et Craig Galli, « A Compliance Crisis Is a Terrible Thing to Waste: Counsel's Role to Enhance Corporate Culture » (hiver 2015) 30 *Natural Resources & Environment* 3.