

CORRUPTION, MALVERSATION ET ABUS DE CONFIANCE

Me Nicholas St-Jacques
Me Rachel Payeur

Avocats chez
Le Groupe Nouraie
(Desrosiers Joncas Nouraie Massicotte)

73^e CONGRÈS ANNUEL DU JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL
10 et 11 mai 2018

TABLE DES MATIÈRES

1. <u>FRAUDE ENVERS LE GOUVERNEMENT ET CORRUPTION DANS LES AFFAIRES MUNICIPALES</u>	1
1.1 Les dispositions législatives	1
1.2 Notions communes entre les articles 121 et 123 C.cr.	5
i) Corruption et fraude	5
ii) Influence	5
iii) Avantage ou bénéfice	5
iv) L'arrêt R c Carson, 2018 CSC 12	7
1.3 Inapplicabilité de l'art. 121 C.cr. aux élus municipaux	7
i) <i>R. v. ACS Public Sector Solutions Inc. et R. v. Vandebussche</i>	7
ii) <i>R. c. Marcotte et al.</i> (citation à procès)	9
iii) <i>R. c. Michaud et al.</i> , 2015 QCCQ 7768	10
iv) Municipalité en tant que mandataire de la Province	11
1.4 La différence majeure entre les articles 121 b) c) et 123 C.cr.	12
1.5 Éléments constitutifs de l'article 123 (2) C.cr. (le cas d'Accurso)	17
2. <u>ABUS DE CONFIANCE</u>	18
2.1 Éléments constitutifs de l'infraction	18
2.2 La complicité d'abus de confiance	20

3. <u>PROJETS D'ENQUÊTE DE L'UPAC OU EN MATIÈRE D'ABUS DE CONFIANCE</u>	22
3.1 Projets terminés	22
3.2 Projets en cours	23
4. DROIT DE LA CONCURRENCE	24
4.1 Complots, accords ou arrangements	24
4.2 Truquage des offres	26
i) Infraction et éléments constitutifs	26
ii) Contrat A et contrat B	26
iii) Reconnaissance de la notion du contrat A par les cours d'appel	29
iv) Directives au jury sur la formation de l'appel d'offres	30
v) <i>R. c. Industries Garanties Ltée et al.</i> (2013-2018)	32
vi) Défense d'erreur de faits	36
4.3 L'inconstitutionnalité de l'article 69 (2) de la Loi sur la concurrence	37
4.4 Détermination de la peine	39
i) Peines prévues par la <i>Loi sur la concurrence</i>	39
ii) Principes de détermination de la peine applicables	39
iii) Programme de clémence du Bureau de la concurrence	41
iv) Fourchette de peine contre les compagnies	43

v)	<i>R. c. Les pétroles Global Inc.</i> 2015 QCCS	44
	1618	

1. FRAUDE ENVERS LE GOUVERNEMENT ET CORRUPTION DANS LES AFFAIRES MUNICIPALES

1.1 Les dispositions législatives

[1] Les articles 119 et 120 C.cr. concernent la corruption de fonctionnaires qui occupent une charge judiciaire ou sont membres du Parlement, ainsi que les fonctionnaires judiciaires (juge de paix, agent de la paix, employé du greffe, etc.).

[2] Les articles 121 et 123 C.cr. traitent des fraudes envers le gouvernement et de la corruption municipale :

121. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas :

a) directement ou indirectement :

(i) soit donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un fonctionnaire ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit d'un fonctionnaire,

(ii) soit, étant fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter de quelqu'un, pour lui-même ou pour une autre personne,

un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou omission concernant :

(iii) soit la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement,

(iv) soit une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder,

que, de fait, le fonctionnaire soit en mesure ou non de collaborer, d'aider, d'exercer une influence ou de faire ou omettre ce qui est projeté, selon le cas;

b) traitant d'affaires avec le gouvernement, paye une commission ou une récompense, ou confère un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, à un employé ou à un fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite, ou à un membre de sa

famille ou à toute personne au profit de l'employé ou du fonctionnaire, à l'égard de ces affaires, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du chef de la division de gouvernement avec laquelle il traite;

c) pendant qu'il est fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du chef de la division de gouvernement qui l'emploie ou dont il est fonctionnaire;

d) ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement ou d'un ministre du gouvernement, ou d'un fonctionnaire, exige, accepte ou offre, ou convient d'accepter, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant :

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

e) donne, offre ou convient de donner ou d'offrir, directement ou indirectement, à un ministre du gouvernement ou à un fonctionnaire ou à quiconque au profit d'un ministre ou d'un fonctionnaire, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission du ministre ou du fonctionnaire concernant :

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

f) ayant présenté une soumission en vue d'obtenir un contrat avec le gouvernement :

(i) soit donne, offre ou convient de donner ou d'offrir, directement ou indirectement, à une autre personne qui a présenté une soumission, à un membre de la famille de cette autre personne ou à quiconque au profit de cette autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie du retrait de la soumission de cette autre personne,

(ii) soit exige, accepte ou offre ou convient d'accepter, directement ou indirectement, d'une autre personne qui a présenté une soumission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, pour lui-même ou pour une autre personne, en contrepartie du retrait de sa propre soumission.

Note marginale : Entrepreneur qui souscrit à une caisse électorale

(2) Commet une infraction quiconque, afin d'obtenir ou de retenir un contrat avec le gouvernement, ou comme condition expresse ou tacite d'un tel contrat, directement ou indirectement souscrit, donne ou convient de souscrire ou de donner à une personne une contrepartie valable :

a) soit en vue de favoriser l'élection d'un candidat ou d'un groupe ou d'une classe de candidats au Parlement ou à une législature provinciale;

b) soit avec l'intention d'influencer ou d'affecter de quelque façon le résultat d'une élection tenue pour l'élection de membres du Parlement ou d'une législature provinciale.

Note marginale : Peine

(3) Quiconque commet une infraction prévue au présent article est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans.

[3] En ce qui concerne la corruption dans les affaires municipales, l'article pertinent se lit comme suit :

123. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque soit donne, offre ou convient de donner ou d'offrir, directement ou indirectement, à un fonctionnaire municipal ou à toute autre personne au profit d'un fonctionnaire municipal, soit, pendant qu'il est un fonctionnaire municipal, exige, accepte ou offre, ou convient d'accepter, directement ou indirectement, d'une personne, pour lui-même ou pour une autre personne, un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie du fait, pour le fonctionnaire, selon le cas :

a) de s'abstenir de voter à une réunion du conseil municipal ou d'un de ses comités;

b) de voter pour ou contre une mesure, une motion ou une résolution;

c) d'aider à obtenir l'adoption d'une mesure, motion ou résolution, ou à l'empêcher;

d) d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte officiel.

Note marginale : Influencer un fonctionnaire municipal

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque influence ou tente d'influencer un fonctionnaire municipal pour qu'il fasse une chose mentionnée aux alinéas (1)a) à d) :

a) soit par la dissimulation de la vérité, dans le cas d'une personne obligée de révéler la vérité;

b) soit par des menaces ou la tromperie;

c) soit par quelque moyen illégal.

Définition de « fonctionnaire municipal »

(3) Au présent article, « fonctionnaire municipal » désigne un membre d'un conseil municipal ou une personne qui détient une charge relevant d'un gouvernement municipal.

1.2 Notions communes entre les articles 121 et 123 C.cr.

i) Corruption et fraude

- [4] Il s'agit de notions tout à fait différentes. Même si l'article 121 C.cr. traite de fraude envers le gouvernement, il ne s'agit pas réellement d'une fraude à proprement dit, mais plutôt de corruption. Ainsi, il faut bien distinguer l'infraction de fraude, prévue à l'article 380 C.cr., et celles de corruption municipale ou de fraude envers le gouvernement. Ces infractions ne se recoupent pas nécessairement.
- [5] L'article 380 C.cr. nécessite un préjudice ou un risque de préjudice en raison des agissements de l'accusé. Ce préjudice ou risque de préjudice n'est pas un élément constitutif des infractions prévues aux articles 121 et 123 C.cr.

ii) Influence

- [6] L'influence est le « pivot »¹ de l'infraction de fraude envers le gouvernement ou de corruption dans les affaires municipales.
- [7] Dans *R. c. Giguère*, le juge Dickson mentionnait que « [t]outes les parties en l'espèce acceptent que le terme « influence » signifie agir sur une décision »².

iii) Avantage ou bénéfice

- [8] Dans l'arrêt *R. c. Hinchey*, la Cour suprême du Canada donne une définition du terme « bénéfice »:

95 L'alinéa 121(1)c), comme toutes les dispositions énonçant une infraction, exige la preuve d'un acte ou d'une omission, désigné par le terme *actus reus*, auquel est rattaché un élément de faute ou de caractère répréhensible, désigné par le terme *mens rea*. Avant d'examiner les actes qui font partie intégrante de l'infraction et l'élément du caractère répréhensible, il est nécessaire d'apprécier la portée possible de cet alinéa, selon lequel, commet une infraction l'employé qui accepte ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, de lui-même ou par l'intermédiaire d'un membre de sa famille, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du gouvernement qui

¹ Jean-Claude Hébert, *Droit pénal des affaires*, Éditions Yvon Blais, 2002, p 301.

² [1983] 2 RCS 448.

l'emploi. Par conséquent, si un fonctionnaire accepte, un jour pluvieux, de se rendre en ville à bord de la voiture d'un ami qui a des relations d'affaires avec le gouvernement, il a reçu un bénéfice. Cela pourrait être vrai aussi de la tasse de café ou du déjeuner qu'un ami offre à l'occasion à un fonctionnaire. Il est évident que l'alinéa n'a pas du tout été conçu pour inclure dans son interdiction ces bénéfices infimes. Il ne devrait pas non plus s'appliquer à ces échanges de déjeuners et de dîners qui font partie depuis longtemps des relations entre vieux amis. Cependant, les bénéfices se situant sur une plus grande échelle peuvent très bien justifier un examen plus attentif et nécessiter que l'on obtienne une permission du gouvernement qui emploie le fonctionnaire. Il faut rechercher un équilibre raisonnable qui tienne compte à la fois des grands dangers que comporte la remise de bénéfices à des fonctionnaires et des échanges normaux de menus services entre amis.

- [9] La contribution à un parti politique peut être visée par les articles 121 (1) et 123 C.cr. Dans *R v O'Brien*³, l'ancien maire d'Ottawa était accusé d'avoir offert à l'une de ses rivales aux élections de se retirer de la course en échange de l'obtention d'un poste à la Commission des libérations conditionnelles. Bien que l'accusé ait été acquitté pour une question de crédibilité, le juge Cunningham de la Cour supérieure de l'Ontario mentionnait que les avantages de nature politique (tel le retrait de la course électorale) sont également visés par l'article 121 (1) C.cr.⁴
- [10] Dans *R c Michaud*⁵, la Cour du Québec a également considéré que des contributions à un parti politique, entre autres, peuvent constituer un avantage ou un bénéfice. Dans *R c Marcotte et al.*⁶, le même raisonnement a été suivi.
- [11] Etiqueter des contributions politiques comme un « bénéfice » ou un « avantage » demeure toutefois un sujet de controverse. Effectivement, la contribution à un parti politique est un droit pour un particulier. Si une contribution politique n'est pas effectuée légalement, il s'agit d'une infraction en vertu de la *Loi électorale*⁷. À notre avis, le tout est une question de contexte, et plus particulièrement à savoir si un « retour d'ascenseur » a été donné ou s'il était prévu.

³ 249 CCC (3d) 399, [2009] OJ No 5817 (QL).

⁴ Dans ce dossier, l'accusation était portée en vertu de l'article 121 (1) d) C.cr.

⁵ 2015 QCCQ 7768.

⁶ *R c Marcotte et al*, 2015 QCCQ 7961.

⁷ *Loi électorale*, LRQ, c E-3.3.

v) L'arrêt R c Carson, 2018 CSC 12

[12] Relativement à l'interprétation des articles 123 (a) iii) C.cr. et 123 (d) C.cr., la Cour suprême du Canada souligne ce qui suit :

5 À mon avis, l'infraction prévue à l'al. 121(1) d) requiert que l'influence promise concerne réellement un sujet d'affaires qui a trait au gouvernement. De plus, un sujet d'affaires a trait au gouvernement s'il dépend du gouvernement ou s'il pourrait être facilité par celui-ci, compte tenu de son mandat. L'expression « un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » englobe donc les opérations commerciales financées à même les deniers publics pour lesquelles le gouvernement pourrait imposer ou modifier les conditions de manière à favoriser un vendeur par rapport à d'autres. Les gouvernements ne sont pas des entités statiques : les lois, les politiques et les structures qui circonscrivent la portée de l'activité gouvernementale évoluent constamment. La notion de « sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » ne doit pas être considérée strictement en fonction des structures opérationnelles et de financement gouvernementales déjà en place.

25 [...] Il n'est pas nécessaire que l'accusé ait réellement de l'influence auprès du gouvernement, qu'il entreprenne des démarches pour user de son influence ou qu'il réussisse à influencer le gouvernement pour être reconnu coupable de cette infraction. D'ailleurs, le texte de l'al. 121(1) d) vise en termes exprès quiconque « ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement » (je souligne). L'infraction est consommée dès que l'accusé exige un bénéfice en échange de sa promesse d'user de son influence concernant un sujet d'affaires qui a trait au gouvernement.

1.3 Inapplicabilité de l'art. 121 C.cr. aux élus municipaux**i) Les décisions ACS Public Sector Solutions Inc. et Vandebussche**

[13] Ces décisions soutiennent que l'article 121 C.cr. ne s'applique pas aux infractions de corruption commises par un fonctionnaire municipal.

[14] Le terme « gouvernement » employé à l'article 121 C.cr. est défini à l'article 118 C.cr. :

Selon le cas :

- a) le gouvernement du Canada;
- b) le gouvernement d'une province;
- c) Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

[15] En choisissant de définir le terme « gouvernement » de cette façon, le législateur indique qu'il a choisi de limiter la définition de ce terme⁸.

[16] Dans *R v ACS Public Sector Solutions Inc.*⁹, la Cour provinciale de l'Alberta mentionne ce qui suit :

Interpretation of legislative terminology according to the "object and spirit of the legislation cannot overcome a clear statutory definition": *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Re-venue)*, [1988] 2 S.C.R. 175 at p. 194 (S.C.C.). In s. 118 "government" has been limited to "federal" or "provincial" governments. These latter terms as used in their ordinary grammatical sense could not be read to include a municipal government. A statute should be interpreted in a manner consistent with the plain meanings of its terms: *R. v. McIntosh* (1995), 95 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.) (*McIntosh*) at para. 18; *Sullivan and Driedger* at pp. 34-35. If either term is subject to an ambiguous definition then, because this Code section is a penal provision, the ambiguity must be resolved in a manner most favourable to accused: *McIntosh* at para. 38. The most favourable interpretation here is that federal and provincial governments be given their ordinary meaning.

[17] Une ville québécoise n'est pas une division du gouvernement ou un organisme public sous l'égide du gouvernement. Elle est régie par la *Loi sur les cités et les villes*¹⁰ et possède une identité légale et politique distincte du gouvernement ou de la Couronne provinciale ou fédérale¹¹.

[18] Par ailleurs, l'article 118 C.cr. établit clairement que le gouvernement visé est celui d'une « province ». À ce titre, la *Loi d'interprétation canadienne*¹² prévoit

⁸ *R v Verma* (1996), 112 CCC (3d) 155 (Ont CA), p 163; *Yellow Cab Ltd. c Board of Industrial Relations et autres*, [1980] 2 RCS 761. La version anglaise prévoit que le terme gouvernement « means » l'une des trois entités.

⁹ 2007 ABPC 315, para 125.

¹⁰ LRQ, c C-19.

¹¹ *R v ACS*, 2007 ABPC 315, para. 126.

¹² LRC (1985), c I-21, art 35.

que le terme « province » signifie « *Province du Canada, ainsi que le Yukon, les Territoires du Nord-Ouest et le territoire du Nunavut.* ». La *Loi d'interprétation* est claire : aucune inclusion des municipalités n'est prévue dans la définition de « province ».

- [19] Le *Code criminel* fait même la distinction entre les différents ordres de gouvernement. L'article 2 définit le terme municipalité¹³. Cette définition ne fait aucune allusion au fait que la municipalité peut être assimilée à une province. Ainsi, le *Code criminel*, de manière générale, distingue la « municipalité » de la « province ». La Partie IV du *Code criminel*, quant à elle, fait référence à diverses infractions en fonction du pallier de gouvernement.
- [20] L'article 118 C.cr. prévoit que le terme « gouvernement », lorsqu'il n'est pas davantage précisé, signifie « gouvernement d'une province ». L'article 121 C.cr. vise les affaires avec le « gouvernement », sans plus. D'ailleurs, l'article 121 (2) C.cr. fait référence à l'élection d'un membre du Parlement ou d'une « législature ». Or, une législature ne correspond pas une municipalité.
- [21] L'article 123 C.cr. définit une autre catégorie d'infraction, soit celle de la corruption dans les affaires municipales. Si une « province » signifiait aussi une « municipalité », il y aurait clairement double emploi entre les infractions prévues aux articles 121 (1) a) C.cr. et 123 C.cr.
- [22] Il faut effectivement présumer, selon les principes d'interprétations des lois, que le législateur choisi minutieusement ses mots et qu'il ne parle pas pour rien dire. Si deux infractions existent et des termes différents y ont été utilisés, il faut présumer qu'elles visent deux cas différents.
- [23] D'ailleurs, dans *R v Vandebussche*¹⁴, la Cour provinciale de l'Ontario avait statué que l'ancien article 121 (1) c) C.cr. ne s'appliquait pas aux fonctionnaires municipaux.

ii) R c Marcotte et al. (citation à procès)

- [24] Dans cette affaire, il y avait lieu de déterminer si les accusés pouvaient être cités à procès sur des infractions prévues à l'article 121 C.cr. alors que l'allégation de corruption visait essentiellement le maire et le directeur général de la Ville de Mascouche.
- [25] L'honorable Paul Chevalier, J.C.Q., conclut comme suit :

¹³ Art. 2 C.cr. : « La personne morale d'une ville, d'un village, d'un comté, d'un canton, d'une paroisse ou d'une autre circonscription territoriale ou locale d'une province, dont les habitants sont constitués en personne morale ou ont le droit de détenir collectivement des biens à une fin publique ».

¹⁴ (1979), 50 CCC (2d) 15 (Ont Prov Ct).

67 Comme le législateur, à l'art. 121 C. cr. emploie le mot « gouvernement » dont il donne une définition claire et restrictive à l'art. 118 C. cr. ; comme l'art. 123 C. cr., parle expressément de « fonctionnaire municipal » détenant une charge relevant d'un « gouvernement municipal », et comme le législateur prend la peine de créer une infraction distincte pour le domaine municipal, c'est « ajouter des termes à la loi » que de considérer que l'article 121 C. cr. s'applique aussi aux gouvernements municipaux.

iii) R. c. Michaud et al., 2015 QCCQ 7768

[26] France Michaud et Robert Poirier faisaient l'objet d'accusations de fraude et de complot pour fraude. M. Poirier faisait aussi l'objet d'une accusation d'abus de confiance relativement aux fonctions qu'il a occupées pendant qu'il était maire de la Ville de Boisbriand et pour un peu plus de deux ans après sa démission à la mairie.

[27] Quant à l'article 121 C.cr., le juge Bonin soutient ce qui suit :

394 Malgré que la définition de gouvernement prévue à l'article 118 du *Code criminel* ne comprenne pas formellement une municipalité et malgré qu'un article du *Code criminel* prévoit spécifiquement un article sur les actes de corruption dans les affaires municipales, il découle de l'arrêt *R. c. Sheets* que les infractions de fraude envers le gouvernement et d'abus de confiance par un fonctionnaire respectivement prévues aux articles 121 et 122 du *Code criminel* s'appliquent aussi envers un fonctionnaire municipal, nommé ou élu, puisqu'une municipalité est une création du gouvernement provincial. D'autre part, l'application d'un autre article du *Code criminel*, plus spécifiques aux municipalités, n'a pas pour effet d'exclure l'application d'un article faisant référence générale aux fonctionnaires d'un gouvernement, d'autant que les infractions sont libellées différemment quant aux modes de commission des crimes.

[28] À notre avis, en s'appuyant de la sorte sur l'arrêt *Sheets*¹⁵, le juge Bonin a erré en droit. L'arrêt *Sheets* ne concernait pas la question à savoir si un fonctionnaire municipal est un fonctionnaire du gouvernement, mais plutôt si un fonctionnaire municipal pouvait être poursuivi pour abus de confiance en vertu de l'ancien article 103 C.cr., l'ancêtre de l'article 122 C.cr.

¹⁵ [1971] RCS 614.

[29] Essentiellement, la Cour suprême du Canada soutenait que puisque l'infraction d'abus de confiance ne fait référence qu'à un « fonctionnaire », il importe peu que celui-ci soit un fonctionnaire municipal ou un fonctionnaire du gouvernement. Elle souligne ce qui suit :

16 Il va sans dire que le poste qu'occupe un membre d'un conseil de comté est un poste de responsabilité, de confiance ou d'autorité dans le service public ou est un service relevant d'une autorité constituée. On peut donc considérer que l'intimé est un fonctionnaire qui détient une charge au sens du sous-alinéa (i) de l'alinéa (e) de l'art. 99.

17 La même conclusion s'impose en ce qui concerne le sous-alinéa (ii) de l'alinéa (e) de l'art. 99, puisqu'il est tout aussi évident qu'un membre d'un conseil de comté "est nommé(e) pour remplir une fonction publique."

iv) Municipalité en tant que mandataire de la Province

[30] La distinction prévue dans le *Code criminel* entre « gouvernement » et « municipalité » ne règle pas entièrement la question à savoir si l'article 121 C.cr. peut s'appliquer à un fonctionnaire municipal.

[31] Effectivement, dans certaines situations, une municipalité peut agir à titre de mandataire de la province. La *Loi sur les cités et les villes*¹⁶ prévoit qu'une ville peut accepter la délégation de certains pouvoirs de la part de la Province du Québec ou peut conclure des ententes avec les ministères visant l'application de certaines lois sur le territoire de la municipalité.

[32] La municipalité, en tant que mandataire de la province, pourrait être assimilable à celle-ci¹⁷. Afin de déterminer si cela est le cas, il faut prendre en considération la nature et le degré de contrôle de la province sur l'organisme public¹⁸. À la lumière de l'arrêt *Medicine Hat (City) v. Canada (Attorney General)*¹⁹, il serait difficile de prétendre qu'une municipalité est mandataire de la province lorsqu'elle traite d'affaires relatives à la gestion administrative de la municipalité :

[33] When the municipality is an agent for exercising in executing laws of general application it can be said to be acting in its government aspect. On the other hand, when the corporation is performing the duties of regulating the conduct and supplying the wants of the population in its geographical area by local

¹⁶ 29.1 et 29.2.

¹⁷ *R v Achtem*, (1979), 52 CCC (2d) 240 (Alta CA)

¹⁸ *Idem.*, p 247.

¹⁹ (1985), 59 AR 355 (Alta CA).

law, it is acting in its municipal aspect. In the latter aspect, it is, in a sense, a private corporation; in the former aspect it is an agent of the state.²⁰

- [34] Par contre, dans le cas où un ministère provincial octroie une subvention à une ville et lui dicte des critères bien précis pour la construction d'un bien public, il pourrait être argué que la municipalité agit à titre de mandataire de la Province. Conséquemment, il est particulièrement important de choisir le moment de la présentation de la défense, puisqu'une contestation à l'enquête préliminaire pourrait fort bien réussir, mais être palliée au procès par une preuve du contrôle de la Province sur la municipalité.

1.4 La différence majeure entre les articles 121 b) c) et 123 C.cr.

- [35] Bien qu'à première vue ces infractions se ressemblent fortement, elles sont différentes sur quelques points cruciaux.
- [36] La principale différence réside dans les éléments preuve devant être prouvés à l'article 121 (1) b) et c) C.cr.
- [37] Dans le cas de l'article 121 (1) c) C.cr., la Cour suprême du Canada soulignait que les éléments essentiels de l'infraction sont les suivants :

116 Les actes requis ou l'*actus reus* nécessaire quant à la perpétration de l'infraction sont les suivants:

a) le don d'"une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature" par une personne qui a des "relations d'affaires avec le gouvernement";

b) l'acceptation d'"une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature" par un fonctionnaire;

c) l'absence de consentement du supérieur du fonctionnaire à l'acceptation du bénéfice.

Cette commission, récompense, avantage ou bénéfice de quelque nature doit consister en quelque chose de valeur qui constitue un profit que l'employé tire, du moins en partie, de sa situation au gouvernement.

117 À mon avis, l'élément moral du caractère répréhensible relativement à l'al. 121(1)c) exige la preuve non seulement que l'accusé était conscient ou était

²⁰ *Idem*, para 12.

informé des éléments requis de l'infraction, mais qu'il savait qu'il recevait le bénéfice au moins en partie grâce à sa situation au gouvernement, ou qu'il s'est maintenu dans une ignorance volontaire quant aux circonstances qui menaient à cette conclusion, ou encore qu'il était insouciant des conséquences rattachées à son acceptation du bénéfice sans l'autorisation et la permission de son supérieur, c'est-à-dire qu'il était conscient que ses actes risquaient de violer l'alinéa, mais qu'il a néanmoins pris le risque d'agir comme il l'a fait. [Nous soulignons.]

- [38] L'article 121 1) b) C.cr. vise la situation où une personne donne un avantage à un fonctionnaire. La personne doit avoir l'intention de conférer un bénéfice à l'égard de ses relations d'affaires avec le gouvernement²¹. L'auteur Jean-Claude Hébert mentionne ce qui suit :
- [39] Celui qui, traitant d'affaires avec le gouvernement, confère un avantage ou un bénéfice à un fonctionnaire avec lequel il transige un dossier commet une infraction s'il n'a pas obtenu l'autorisation écrite de l'autorité concernée. Telle est la portée de l'alinéa 121 (1) b) C.cr. Cette disposition vise le cas de l'individu qui, ayant des relations d'affaires avec le gouvernement, veut maintenir ou obtenir des contacts privilégiés en rapport avec ses affaires. Autrement dit, l'inculpé doit avoir eu l'intention de conférer un bénéfice au fonctionnaire concerné à cause de ses relations d'affaires avec le gouvernement. Cependant, tout avantage conféré à un fonctionnaire de façon contemporaine aux relations d'affaires qu'une personne entretient avec le gouvernement donne inexorablement ouverture à l'inférence qu'un lien de rattachement existe entre le bénéfice octroyé et l'influence de l'employé du gouvernement.²²
- [40] Un exemple d'une telle situation est survenue dans *R v Greenwood*, où il s'agissait de déterminer si l'article 121 (1) b) C.cr. s'appliquait à un avocat de la défense qui avait défrayé la télévision payante à un avocat du ministère public alors que ceux-ci avait des relations d'affaires (à la Cour) et étaient malgré tout amis²³.
- [41] Les alinéas b) et c) de l'article 121 C.cr. visent donc des situations générales : nul n'est besoin pour le ministère public de faire une preuve que l'avantage

²¹ *R c Cooper*, [1978] 1 RCS 860 : « À mon avis, les dispositions de l'al. 110(1)b) visent à préserver l'intégrité des employés du gouvernement et des personnes qui traitent avec eux, et l'importance de la garantie de cet aspect de la vie nationale me convainc que l'infraction créée par cet article est, en fait, un acte criminel dont un des éléments constitutifs est l'"intention" de conférer les bénéfices "à l'égard de" relations d'affaires avec le gouvernement. »

²² Jean-Claude Hébert, *Droit pénal des affaires*, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 310.

²³ *R v Greenwood*, 67 CCC (3d) 435, paras 15 et 17.

a été donné en raison d'une promesse d'exercice d'influence ou même en vue d'un exercice d'influence précis.

[42] Dans le cas de l'article 123 C.cr., il vise des situations bien particulière où l'acte de corruption se manifeste plus clairement. L'avantage doit avoir été donné :

en contrepartie du fait, pour le fonctionnaire, selon le cas :

a) de s'abstenir de voter à une réunion du conseil municipal ou d'un de ses comités;

b) de voter pour ou contre une mesure, une motion ou une résolution;

c) d'aider à obtenir l'adoption d'une mesure, motion ou résolution, ou à l'empêcher;

d) d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte officiel.

[43] Ainsi, à notre avis, pour prouver la commission d'une infraction à l'article 123 C.cr., le ministère public ne peut se contenter d'une preuve générale de possible « retour d'ascenseur ». Cette situation est plutôt visée par l'article 121 (1) b) et c) C.cr. Il doit présenter une preuve hors de tout doute raisonnable démontrant que la contrepartie a été donnée en vue d'obtenir une mesure, motion ou résolution relativement précise, ou qu'un acte officiel soit ou ne soit pas accompli.

[44] Dans *R. v. Moodie*²⁴, la Cour supérieure de l'Ontario précisait les différences entre les éléments constitutifs des infractions aux articles 122 et 123 C.cr.:

21 Section 123 creates an offence with the same punishment. It prohibits conferring benefits on, and accepting benefits by, municipal officials. The offence is aimed at corrupt influence on

- a. votes of council or committees of council,
- b. adoption of measures by municipal governments, and
- c. the performance or non-performance of official acts.

22 In enacting s. 123(3), Parliament must be taken to have had a reason for giving "municipal official" a different meaning from "official" in s.118 of the Code.

²⁴ *R v Moodie and Vranich*, 2010 ONSC 4847.

23 Section 122 is aimed at corruption in the execution of public duties. Section 123 seems to me to be aimed at corruption in the making of discretionary decisions by municipal authorities. It must be for that reason that the ambit of the offence was restricted to a narrower class of official than the class provided for in section 122. I conclude that this class does not include functionaries such as Moodie, who had trust, responsibility and influence, but not authority. I think that Parliament had in mind the municipal councillors and their closest advisors and delegates.

24 It follows that I do not think that there was any evidence that Moodie was a municipal official.

[45] Conséquemment, dans une affaire de corruption municipale, le ministère public doit présenter une preuve convaincante relativement à la nature et au lien entre la contrepartie et le geste devant être posé par le fonctionnaire municipal : le bénéfice a été octroyé dans le but que le fonctionnaire municipal commette un acte particulier.

[46] Sans *R c Marcotte et al.*, dans sa décision sur la citation à procès, le juge Chevalier suit le raisonnement du ministère public et soutient ce qui suit :

[47] Il est difficile d'imaginer que ceux qui ont offert une contribution financière importante et illégale ou des cadeaux d'une grande valeur au maire n'avaient pas l'intention d'avoir en contrepartie l'aide de celui-ci pour obtenir ou conserver une place privilégiée et préférentielle parmi les fournisseurs de services de la ville, d'autant que la preuve démontre que le maire et le directeur général de la ville exerçaient une influence réelle sur les décisions du conseil municipal.²⁵

[48] Dans son analyse, le juge Chevalier soutient que toute personne raisonnable n'inférerait que le donateur attend un « retour d'ascenseur »²⁶. Or, à notre avis, le juge Chevalier omet de considérer que la contribution peut simplement avoir été donnée en raison de contrats antérieurs, ce qui ne serait pas visé par l'article 123 C.cr. De plus, selon nous, le « retour d'ascenseur » non identifié ne correspond pas à la définition de l'infraction prévue à l'article 123 C.cr.

[49] Cette application étendue de l'article 123 C.cr. est fondée sur l'arrêt *R. c. Leblanc*²⁷ rendu en 1979 par la Cour d'appel du Québec, qui a été confirmé par la Cour suprême du Canada quelques années plus tard. Or, dans l'affaire

²⁵ *R c Marcotte et al.*, 2015 QCCQ 7961, para. 141.

²⁶ *R c Marcotte et al.*, 2015 QCCQ 7961, para. 95.

²⁷ *Leblanc c. R.*, [1979] C.A. 417.

Leblanc, les actes posés par le fonctionnaire, bien que généraux et continus (« plus efficace coopération »), étaient malgré tout identifiables.

[50] Le juge Dubé, dissident, résumait les faits comme suit :

7 En effet, les fonctions de l'appelant, André Leblanc, sont celles de trésorier de la ville [...] Nulle part dans la preuve il a été convenu entre l'urbaniste Gagnon et l'appelant qu'un travail particulier serait fait ou un acte particulier serait posé comme contrepartie des générosités de Gagnon; mais les deux parties témoignent à l'effet qu'ils s'attendaient tout simplement à une plus efficace coopération : l'appelant, par exemple, se sentait obligé de travailler en temps supplémentaire pour fournir à Gagnon les informations légitimes qu'il demandait; d'autre part, Gagnon se sentait moins gêné pour demander à l'appelant des renseignements qu'il aurait été obligé de chercher lui-même ou de se procurer en se payant les services d'autres personnes; le poste qu'occupait l'appelant ne lui permettait pas de voter en faveur de l'urbaniste Gagnon ou de lui accorder au dépens du Conseil des faveurs auxquelles il n'avait pas droit : d'ailleurs, d'après la preuve jamais on ne lui a demandé de frauder la municipalité ni même d'abuser de sa confiance et il affirme, sans être contredit, que de tels actes n'ont pas été posés.

9 Il est incontestable que l'appelant a posé des actes comme suite au montant d'argent qu'il a reçu de l'urbaniste Gagnon : en effet, il admet avoir travaillé le soir pour accélérer la préparation de la documentation dont Gagnon avait besoin mais cela, à mon avis, ne constitue pas l'accomplissement d'un acte officiel : si l'appelant avait "par exemple caché aux autorités municipales des enseignements au sujet de l'urbaniste Gagnon en rapport avec son travail, il aurait alors manqué à son devoir comme trésorier et aurait mérité d'être trouvé coupable de l'effraction prévue à l'article 112 du Code criminel. Il en est de même si l'appelant avait faussé les rapports qu'il devait faire aux autorités municipales, de manière à aider l'urbaniste Gagnon; mais ce n'est pas ce que la preuve révèle. [Nous soulignons.]

[51] Le juge Kauffman, pour la majorité, soulignait ce qui suit :

13 In my view, the very fact that Gagnon, in return for his payments, received "une plus efficace coopération" from the accused, suffices. To me, that is a breach of trust, and while the acts which Leblanc performed might well have had to be performed in the course of his regular duties, they were performed preferentially, and that is sufficient to constitute an offence under section 112. [Nous soulignons.]

[52] Ainsi, dans cette affaire, un traitement préférentiel avait été octroyé à l'urbaniste.

[53] Cette preuve de traitement préférentiel n'est toutefois pas toujours présente, notamment lorsque le ministère public ne possède que la preuve qu'une contrepartie a été donnée au fonctionnaire municipal. À notre avis, dans ces cas, la preuve est insuffisante pour fonder un verdict de culpabilité selon l'article 123 C.cr.

1.5 Éléments constitutifs de l'article 123 (2) C.cr. (le cas d'Accurso)

[54] Dans le cadre du Projet Gravier, Accurso a présenté une requête en non-lieu lors de son procès devant jury. Le juge Brunton a décidé comme suit relativement au chef porté en vertu de l'article 123 (2) c) C.cr. :

[55] La Cour est d'avis que l'objet de 123.1 est de viser une tierce personne ainsi que le fonctionnaire municipal qui sont tous deux corrompus. Des (prêts, récompenses, avantages, bénéfices) seront donnés à un fonctionnaire prêt à les recevoir.

[56] 123.2 vise plutôt la situation où une tierce personne tente d'influencer un fonctionnaire honnête. Les aliéas a), b) et c) de l'article 123.2 confirment ceci. On tente de « dissimuler la vérité » au fonctionnaire honnête. On tente de menacer ou de tromper le fonctionnaire honnête. Les autres moyens illégaux pourraient inclure le méfait, l'assaut ou l'enlèvement, tous commis, par exemple, pour empêcher le fonctionnaire honnête d'accomplir son devoir. Les moyens illégaux décrits à 123.2 ne peuvent pas inclure les prêts, récompenses, avantages ou bénéfices décrits à 123.1 pour deux raisons.

[57] Premièrement, le législateur ne parle pas pour rien. Si les prêts, etc., étaient compris dans les moyens illégaux, l'article 123.1 serait redondant.

[58] Deuxièmement, un prêt, récompense, avantage ou bénéfice invoque un fonctionnaire qui accepte d'être compromis. Ce scénario n'est pas visé par 123.2. En conséquence, en choisissant d'accuser monsieur Accurso en vertu de l'article 123.2 alors que l'intimée allègue que la criminalité de ce dernier est basée pour avoir donné un bénéfice ou un avantage à l'ex-maire Marcotte, il résulte une absence totale de preuve pour établir le moyen illégal qui est exigé par la rédaction du chef numéro 1. Ni l'article 123.2 ou la

rédaction du chef numéro 1 donnent ouverture à la position que l'article 123.1 est une offense incluse à celle décrite à l'article 123.2.²⁸

2. ABUS DE CONFIANCE

2.1 Éléments constitutifs de l'infraction

[59] La Cour suprême du Canada a défini l'infraction dans *R. c. Boulanger*²⁹. Ainsi, il y aura preuve d'abus de confiance par un fonctionnaire lorsque le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments suivants :

- l'accusé est un fonctionnaire;
- l'accusé agissait dans l'exercice de ses fonctions;
- l'accusé a manqué aux normes de responsabilité et de conduite que lui impose la nature de sa charge ou de son emploi;
- la conduite de l'accusé représente un écart grave et marqué par rapport aux normes que serait censé observer quiconque occuperait le poste de confiance de l'accusé;
- l'accusé a agi dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à des fins autres que l'intérêt public, par exemple dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus.

[60] Dans l'arrêt *Boulanger*, la Cour suprême répète à plusieurs reprises que c'est l'abus de la charge ou de l'emploi publics qui est visé par l'infraction³⁰.

[61] Quant à la notion d'exécution des fonctions, la Cour suprême de la Colombie-Britannique enseignait ce qui suit :

61 The second element, "in connection with the duties of his office", has been defined in *R. v. Perreault*, supra, as meaning "in the general context of the execution of his duties". The meaning of this phrase is clear. The accused must have done an act (which amounted to a breach of trust), while, in some way, acting in the course of his duties³¹. [Nous soulignons.]

²⁸ *R c Accurso*, Motifs de la décision sur motion en non-lieu, 705-01-073215-123 (24 janvier 2018) (non-publié).

²⁹ [2006] 2 RCS 49, para 58.

³⁰ *Ibid*, paras 53, 55, 56 et 58; voir *R v Pilarinos*, 2002 BCSC 452, paras 40-42; *R c Perreault*, 75 CCC (3d) 425.

³¹ *R v Pilarinos*, 2002 BCSC 452, para 61.

- [62] Bien que l'accusé doive agir dans le « cadre général » de ses fonctions, il ne faut pas élargir ce concept indûment afin que la répression du comportement d'un individu ne rencontre plus les objectifs de l'art. 122 C.cr.
- [63] En ce qui concerne la gravité et la nature des gestes posés, la Cour suprême du Canada, toujours dans l'arrêt *Boulanger*, rappelle ce qui suit :

50 Il est certain qu'une description de l'infraction qui tenterait de la restreindre à des actes ou omissions précis ne permettrait pas de prévoir toutes les circonstances pouvant constituer un abus de confiance par un fonctionnaire. Cela dit, *tout* manquement aux normes de conduite applicables, quelle qu'en soit la gravité, ne constituera pas nécessairement un abus de confiance. [...]

52 [...] Toutefois, cela n'a jamais voulu dire qu'ils étaient tenus à la perfection sous peine d'être déclarés coupables d'actes criminels; les "simples erreurs" et les "erreurs de jugement" ont toujours été exclues de l'infraction. Il faut davantage pour établir l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire. La conduite en cause doit s'accompagner de la *mens rea* requise et elle doit aussi être suffisamment grave pour passer du domaine de la faute administrative à celui du comportement criminel. [...]

- [64] Dans l'arrêt *Perreault*³², la Cour d'appel du Québec expliquait ce qui suit :
- [65] La seconde est que ne pas requérir cet élément reviendrait à faire intervenir le droit pénal et sa répression dans des domaines où il n'a rien à faire. Comme l'a bien dit la Commission de réforme du droit du Canada, dans ce document fondamental, «Notre droit pénal» (Ottawa, 1976):

« Si le rôle du droit pénal est de réaffirmer les valeurs fondamentales, il doit donc s'occuper uniquement des «crimes véritables» et non de la pléthore «d'infractions réglementaires» qu'on trouve dans les lois. Notre Code criminel ne devrait contenir que des actions qui sont non seulement punissables, mais aussi mauvaises, des actions qui vont à l'encontre des valeurs fondamentales. Aucune autre infraction ne devrait figurer au Code.»
..... (p. 19) «Pour être qualifiée de crime véritable, une action doit être moralement mauvaise. Cependant, ceci n'est qu'une condition

³² R c *Perreault*, 75 CCC (3d) 425, p 14.

nécessaire et non pas une condition suffisante, comme nous l'avons dit plus tôt. Ce ne sont pas toutes les mauvaises actions qu'on devrait qualifier de crimes. Le véritable droit pénal ne devrait porter que sur les actions mauvaises qui menacent ou qui violent gravement les valeurs sociales fondamentales.» [Nous soulignons.]

[66] La Cour d'appel du Québec résume l'élément fautif requis comme suit :

À mon avis, ce que 122 du Code criminel vise, c'est précisément la conduite vénale, la malversation, le conflit d'intérêt, la corruption, le trafic d'influence, la concession, le bénéfice indu qui exigent tous à la base la poursuite d'un intérêt personnel ou selon l'expression de la jurisprudence de common law «the furtherance of personal ends» donc l'utilisation d'une situation de pouvoir dans la fonction publique, pour promouvoir des buts privés ou obtenir directement ou indirectement un bénéfice quelconque.³³ [Nous soulignons.]

2.2 La complicité d'abus de confiance

[67] Dans l'affaire *Boudreault*³⁴, l'accusé, un organisateur politique du PLQ, faisait face à un chef d'avoir accompli un acte visant à aider Luc Tremblay (DG de la ville de Mascouche) à commettre un abus de confiance en lui demandant de remettre une somme d'argent comptant à David Grégoire (candidat pour le PLQ), le tout en contravention à l'article 122 C.cr.

[68] Bref, il était accusé de complicité d'abus de confiance.

[69] Selon la preuve entendue, l'honorable Dominique Larochelle, J.C.Q., tire l'inférence que M. Boudreault a aidé financièrement M. Grégoire en contrepartie de sa candidature aux élections, ce, en contravention à la *Loi électorale*³⁵ et qu'il n'a impliqué M. Tremblay qu'à titre de courroie de transmission en raison de son appartenance au Parti Libéral. M. Tremblay lui a servi au mieux d'intermédiaire, au pire de paravent.

[70] La preuve ne démontre pas que M. Tremblay a été impliqué en raison de sa charge publique. Elle conclut comme suit :

- En utilisant les ressources de l'hôtel de ville à des fins personnelles et en se plaçant dans une situation à risque de conflit d'intérêt, M. Tremblay a manqué à ses obligations civiles

³³ *Ibid*, p 15.

³⁴ *R c Boudreault*, 2015 QCCQ 15292, 2017 QCCA 581.

³⁵ LRQ, c E-3.3.

découlant de ses fonctions d'administrateur. Cependant, la dérogation à ces obligations n'emporte pas nécessairement une faute au sens de l'article 122 C.cr.

- L'écart de conduite de M. Tremblay par rapport à ses obligations est marqué, mais sa gravité est atténuée par le fait que le geste n'a pas été posé en raison de sa charge publique ou dans l'exercice de ses fonctions
- M. Tremblay n'avait pas une intention mauvaise ou malhonnête et l'avantage à tirer de la situation était mince et lointain. Il s'agit d'une erreur de jugement.

[71] La poursuite n'a pas démontré hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'abus de confiance.

[72] Relativement à la complicité de M. Boudreault, la juge Larochelle note que la preuve ne démontre pas que M. Boudreault savait que l'enveloppe serait remise à l'hôtel de ville en contravention à une norme de conduite et qu'il avait l'intention d'aider M. Tremblay à commettre un abus de confiance.

[73] En 2017, la Cour d'appel du Québec a confirmé le verdict d'acquittement. Elle endosse les conclusions de la juge de première instance :

17 Sur cette base, et sans reprendre l'ensemble de l'analyse de la juge, il semble que la preuve du ministère public achoppe sur deux autres aspects essentiels. Constatant qu'aucune preuve n'a été administrée sur les obligations de neutralité politique de la fonction occupée par Tremblay, la juge conclut que l'écart de conduite constaté n'a pas, dans les circonstances prouvées et retenues, la gravité exigée pour l'infraction. Elle conclut également que la preuve de la mens rea n'est pas démontrée hors de tout doute raisonnable, c'est-à-dire qu'elle entretient un doute raisonnable sur l'intention de Tremblay d'user de sa charge ou de son emploi public à d'autres fins que l'intérêt public.

18 Dans un jugement longuement motivé, la juge conclut que la preuve démontre manifestement une erreur de jugement de la part de Tremblay, mais rien de plus. Pour ce faire, la juge évalue la preuve conformément aux enseignements de l'arrêt Boulanger.

19 Quant à l'implication de l'intimé, si la preuve démontre qu'il a utilisé Tremblay pour verser une contribution en

contravention à la loi électorale, la juge conclut que cette preuve ne démontre pas, minimalement, que l'intimé savait que Tremblay utiliserait les locaux de l'hôtel de ville pour remettre l'enveloppe, le tout en violation d'une norme de conduite. En l'absence de la preuve de cette connaissance, l'intimé ne pouvait donc être déclaré coupable d'aide à l'abus de confiance allégué : R. c. Briscoe, [2010] 1 R.C.S. 411

[...]

21 En définitive, il y aurait sans doute plus à dire sur le traitement du comportement de Tremblay, même si en fin d'analyse, la juge l'évalue en fonction des bons critères. Ce n'est pas la culpabilité de Tremblay qui est en appel, mais celle de l'intimé. À cet égard, le ministère public ne démontre pas d'erreur donnant ouverture à l'appel. Les conclusions claires de la juge peuvent raisonnablement reposer sur la preuve ou sur l'absence de preuve. Telle est l'essence même du doute raisonnable.

3. PROJETS D'ENQUÊTE DE L'UPAC OU EN MATIÈRE D'ABUS DE CONFIANCE

3.1 Projets terminés

- **Projet Doyen**
 - *R. c. Thibault, 2015 QCCQ 8910*
- **Projet Fiche (Boisbriand)**
 - *R. c. Sylvie Berniquez St-Jean (non-répertorié)*
 - *R. c. Brière, 2015 QCCQ 9632*
 - *R. c. Michaud, 2015 QCCQ 7768, 2016 QCCQ 6209 (en appel)*
 - *R. c. Poirier, 2015 QCCQ 7768, 2016 QCCQ 3775 (en appel)*
- **Projet Hydre (St-Constant)**
 - *Retrait des accusations*
- **Projet Muet (Châteauguay)**
 - *R. c. Jacques Roy / R. c. René Lafrance (non-répertorié)*
 - *R c Bergevin, 2018 QCCQ 1662*

- **Projet Honorer (Laval)**
 - *R c Vaillancourt, 2016 QCCS 6182*
 - *Plaidoyers de culpabilité, arrêt des procédures et retrait des accusations*
- **Projet Gravier (Mascouche)**
 - *R c Marcotte et al, 2015 QCCQ 7961*
 - *R c Biancamano, 2017 QCCA 1388*
 - *R c Blanchet, 2016 QCCQ 13632*
 - *R c BPR Triax Inc., 2017 QCCQ 4191*
 - *R c De Maisonneuve, 2017 QCCQ 146*
 - *R c Tremblay, 2017 QCCQ 4189*
 - *R c Trudel, 2017 QCCQ 4190*
 - *R c Boudreault, 2015 QCCQ 15292, 2017 QCCA 581*
 - *R c Raymond et al., 2017 QCCQ 5445*
- **Projet Méandre (Montréal)**
 - *R c Applebaum, 2017 QCCQ 160*
 - *R c Applebaum, 2017 QCCQ 2522*
- **Projet Grattoir (Saint-Jean-sur-Richelieu)**
 - *R c Fedele et al., 2017 QCCQ 6793*
- **Autres**
 - *R c Harbour, 2017 QCCA 204*
 - *R c Bonney, 2018 BCPC 12*

3.2 Projets en cours

- **Projet Faufil (Montréal)**
- **Projet Lauréat (Montréal)**
- **Projet Majorat (Québec)**
 - *R c Younsi, 2018 QCCQ 1587*
- **Projet Fronde (Montréal)**
- **Projet Joug / Lierre (Québec)**

- **Projet Médiateur (Terrebonne)**

4. DROIT DE LA CONCURRENCE

4.1 Complots, accords ou arrangements

[74] L'article 45 (1) de la *Loi sur la concurrence* se lit comme suit :

45 (1) Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, complotte ou conclut un accord ou un arrangement :

a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;

b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;

c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

Note marginale : Peine

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de quatorze ans et une amende maximale de 25 000 000 \$, ou l'une de ces peines.

Note marginale : Preuve du complot, de l'accord ou de l'arrangement

(3) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

Note marginale : Défense

(4) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (1) à l'égard d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement qui aurait par ailleurs contrevenu à ce paragraphe si, à la fois :

a) il est établi, selon la prépondérance des probabilités :

(i) que le complot, l'accord ou l'arrangement, selon le cas, est accessoire à un accord ou à un arrangement plus large ou distinct qui inclut les mêmes parties,

(ii) qu'il est directement lié à l'objectif de l'accord ou de l'arrangement plus large ou distinct et est raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif;

b) l'accord ou l'arrangement plus large ou distinct, considéré individuellement, ne contrevient pas au même paragraphe.

[...]

[75] Dans l'arrêt *R. c. Proulx*³⁶, la Cour d'appel du Québec reprenait les éléments constitutifs de l'infraction comme suit :

18 Les auteurs Bériault, Renaud et Comtois résument bien les éléments constitutifs de l'infraction telle qu'elle existait en 2009 :

L'article 45 étant une disposition criminelle, il incombe à la Couronne de prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments constitutifs de l'infraction qu'il comporte. Ces éléments comprennent un volet matériel, l'*actus reus*, et un volet intentionnel, la *mens rea*. L'*actus reus* se décompose comme suit :

1. l'existence d'une entente à laquelle l'accusé a pris part;
2. cette entente est de nature à empêcher ou réduire la concurrence;
3. l'empêchement ou la réduction de concurrence est indu.

Quant à la *mens rea*, la Couronne doit prouver les deux éléments suivants :

1. l'intention subjective de conclure l'entente;

³⁶ 2016 QCCA 1425.

2. l'intention objective de réduire indûment la concurrence³⁷

4.2 Truquage des offres

i) Infraction et éléments constitutifs

[76] L'article 47 de la *Loi sur la concurrence* se lit comme suit :

47. (1) Au présent article, « truquage des offres » désigne :

a) l'accord ou arrangement entre plusieurs personnes par lequel au moins l'une d'elles consent ou s'engage à ne pas présenter d'offre ou de soumission en réponse à un appel ou à une demande d'offres ou de soumissions ou à en retirer une qui a été présentée dans le cadre d'un tel appel ou d'une telle demande;

b) la présentation, en réponse à un appel ou à une demande, d'offres ou de soumissions qui sont le fruit d'un accord ou arrangement entre plusieurs enchérisseurs ou soumissionnaires,

lorsque l'accord ou l'arrangement n'est pas porté à la connaissance de la personne procédant à l'appel ou à la demande, au plus tard au moment de la présentation ou du retrait de l'offre ou de la soumission par une des parties à cet accord ou arrangement.

Note marginale : Truquage des offres

(2) Quiconque participe à un truquage d'offres commet un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, l'amende que le tribunal estime indiquée et un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou l'une de ces peines.

Note marginale : Restriction

(3) Le présent article ne s'applique pas à un accord, un arrangement ou une soumission intervenu exclusivement entre des personnes morales qui, considérées

³⁷ Yves Bériault, Madeleine Renaud et Yves Comtois, *Le droit de la concurrence au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p 109.

individuellement, sont des affiliées de chacune des autres personnes morales en question.

[77] La jurisprudence reconnaît que les éléments constitutifs de l'infraction sont les suivants :

- L'existence d'un appel d'offres
- La présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres
- L'existence d'un arrangement entre les soumissionnaires
- La non-connaissance de l'arrangement par le donneur d'ouvrage

[78] L'infraction de truquage des offres diffère de celle de fraude envers le gouvernement ou une municipalité, quoiqu'elles puissent se recouper. Dans le cas de l'infraction de truquage des offres, le donneur d'ouvrage ne doit pas être au courant de l'arrangement entre les soumissionnaires. Dans le cas d'une fraude, le fait que le donneur d'ouvrage soit au courant de l'arrangement n'empêche pas la commission de l'infraction. De plus, le préjudice ou le risque de préjudice n'est pas un élément constitutif de l'infraction de truquage des offres.

ii) Contrat A et contrat B

[79] La notion d'appel d'offres n'est pas prévue dans la *Loi sur la concurrence*. La jurisprudence en matière civile a donc été suivie au fil des ans par les praticiens, mais son application n'a pas réellement été confirmée par les tribunaux de juridiction criminelle avant 2012.

[80] Dans *R. c. Ron Engeneering & Construction (Eastern) Ltd.*³⁸, la Cour suprême du Canada soulignait ce qui suit:

[81] L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est [page123] l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

³⁸ [1981] 1 RCS 111, para 18.

[82] Dans 6 autres arrêts, la Cour suprême du Canada a précisé cette notion³⁹.

[83] Bref, afin qu'il existe un appel d'offres, il faut qu'il existe un contrat A. Ce contrat est distinct du contrat de service ou le contrat d'entreprise (contrat B). Le fait qu'une soumission ait été déposée en conformité avec les instructions spécifiques du donneur d'ouvrage ne fait pas en sorte qu'un appel d'offres ou un « contrat A » existe pour autant⁴⁰.

[84] Il faut une preuve que les deux parties désirent établir des rapports contractuels propres à un appel d'offres⁴¹.

[85] Pour le contrat A soit conclu et qu'il y ait un appel d'offres, les éléments suivants sont nécessaires:

➤ De la part du donneur d'ouvrage :

- Il offre d'évaluer toute soumission présentée en conformité avec les termes de l'appel d'offres (et de traiter les soumissionnaires équitablement)
- Il s'engage à signer le contrat B sur acceptation de l'offre

➤ De la part du soumissionnaire :

- Il accepte l'offre du donneur d'ouvrage en présentant une soumission conforme
- Il s'engage à signer le contrat B si sa soumission est retenue

³⁹ *Calgary (Ville de) c Northern Construction Co*, [1987] 2 RCS 757; *MJB Entreprises Ltd c Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619; *Martel Building Ltd c Canada*, [2000] 2 RCS 860; *Naylor Group Inc. c Ellis-Don Construction Ltd*, [2001] 2 RCS 943; *Double N Earthmovers Ltd c Edmonton (Ville)*, [2007] 1 RCS 116; *Tercon Contractors Ltd c Colombie-Britannique*, [2010] 1 RCS 69.

⁴⁰ *MJB Enterprises Ltd. c Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619, para 17. Voir aussi : *Naylor Group Inc. c Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 RCS 943, para 35. Ceci démontre uniquement que le soumissionnaire s'est conformé aux exigences du promoteur. Ceci ne crée pas d'obligation pour les parties, notamment pour le promoteur qui n'a aucune obligation d'évaluer la soumission ou de traiter le soumissionnaire équitablement. Une interprétation contraire serait réductrice et aurait pour effet de créer un appel d'offres dès qu'un donneur d'ouvrage s'enquiert à divers soumissionnaires. Ainsi, la position de la Cour suprême du Canada dans *R c Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* doit être nuancée en fonction de la jurisprudence subséquente de cette même cour. D'ailleurs, dans cette affaire, la Cour suprême concluait à l'existence d'un « contrat A » par le simple dépôt de la soumission puisqu'elle considérait au préalable qu'un appel d'offres avait été fait en bonne et due forme, ce qui n'était pas contesté. Dans *Calgary c Northern Construction Co.*, [1987] 2 RCS 757, la question ne portait pas sur la notion d'appel d'offres, mais plutôt sur la possibilité de révoquer une offre par le soumissionnaire en cas d'erreur dans la soumission. Le fait que le donneur d'ouvrage ait procédé à un appel d'offres n'était pas remis en question.

⁴¹ *MJB Enterprises Ltd. c Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 RCS 619, paras 19 et 23.

- [86] La formation du contrat A est différente de la simple demande de propositions (ou invitation à négocier), qui ne vise pas à créer des obligations contractuelles entre les parties.
- [87] De 2012 à 2015, dans deux affaires distinctes, les cours d'appel de l'Ontario et du Québec ont reconnu l'application de cette jurisprudence en droit civil aux accusations criminelles en droit de la concurrence.

iii) Reconnaissance de la notion du contrat A par la Cour d'appel de l'Ontario

- [88] Dans *R. v. Dowdall*⁴², les accusations étaient reliées à 10 demandes de propositions (« Requests for Proposals ») émises par Travaux publics et Services gouvernementaux Canada et Transport Canada pour des services professionnels en informatique.
- [89] L'une des questions importantes était de déterminer si les demandes de propositions du gouvernement constituaient des appels d'offres. Les accusés soutenaient que les demandes de propositions visaient à créer une pré-qualification (ou « standing offer ») afin de potentiellement fournir des services informatiques, si ces services devenaient requis. Le processus ne résultait donc pas en un droit de fournir des services informatiques auprès du gouvernement. Selon les accusés, ce processus ne visait qu'à créer une liste de fournisseurs potentiels pré-qualifiés.
- [90] Le procès devant jury a duré 8 mois et s'est terminé par un acquittement de l'ensemble des individus et compagnies.
- [91] La Cour d'appel de l'Ontario siégeait en appel de la décision de la Cour supérieure de l'Ontario qui avait rejeté une *certiorari* visant à annuler la citation à procès. En rejetant l'appel, la Cour d'appel de l'Ontario a endossé les propos du juge Hackland :

39 The applicants' position is that, in circumstances where the fundamental nature or goal of the procurement process is merely to create a list of potential qualified suppliers with no specific or clearly identified project nor commitment to engage any services at all, any proposals to obtain such work are simply proposals and not contractual bids or tenders. They argue with some force that, without the likelihood of a Contract B as discussed in the jurisprudence, there is no Contract A and any proposals furnished in a procurement process structured in that manner are not bids or tenders within s. 47(2) of

⁴² *R v Dowdall*, 2013 ONCA 196, para 6; *R. v. Dowdall*, 2012 ONSC 3945.

the *Competition Act*. I respectfully disagree with this submission. The controlling appellate jurisprudence requires the court to make a finding as to whether the parties intended a contract in the sense of creating binding rights and obligations with respect to the procurement process. Such an intention is to be inferred from the terms of the RFP and all other relevant circumstances. A term permitting the party issuing the RFP to retain the discretion not to proceed to call up work or services is but one aspect of the analysis. The preliminary inquiry judge reasonably concluded that there was some evidence to go to the jury on whether this procurement process was contractual and, therefore, whether the RFP was a request for bids or tenders.⁴³

iv) Directives au jury sur la formation de l'appel d'offres

[92] À l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, la Cour supérieure de l'Ontario a reconnu, lors du procès, la notion de contrats A et B. Dans ses directives longues de 300 pages, le juge Warkentin soulignait ce qui suit :

A call for bids or tenders may generally be described as an invitation by the person making the call for bids or tenders, for offers from vendors or contractors, to enter into a subsequent contract on the terms specified in the invitation, to undertake the services for a price specified by the contractor. The person calling for bids or tenders will put out a call to the public or to a group of vendors or contractors asking them to submit bids that are compliant with terms set out in the call. Those who respond to the call must submit a bid that is compliant with the terms of the call, and also set out the terms on which they would be willing to undertake the services sought. While there is only one physical exchange in a call or request for tenders, at law the call for and the submission of a bid results in two separate contracts - Contract A and Contract B.

In order for the procurement process to be a call for bids or tenders, there must be a Contract A and the intention to enter into a Contract B.

Contract A:

⁴³ *R v Dowdall*, 2013 ONCA 196, para 6; *R. v. Dowdall*, 2012 ONSC 3945.

Under Contract A, the call is an offer and the submission of a bid is acceptance of the offer. The offer entails a promise by the caller to evaluate the proposals in compliance with the terms set out in the call. The acceptance involves an irrevocable undertaking to enter into another contract (Contract B) if the valid bid is accepted by the caller.

Contract B:

Under Contract B, the bid is an offer, and the selection of the winning bid(s) by the caller is the acceptance. The bid is the bidder's undertaking to complete work for the caller on the terms set out in the call for bid. The acceptance results in an agreement for the bidder to undertake the services at a cost set by the bidder.

While there is only one physical exchange, Contract A and Contract B are separate contracts because the two contracts entail different offers and acceptance. This is the case even though the terms of Contract A (set out in the call) will often be incorporated into Contract B (the terms of which are set out in the proposal).

Because Contract A and Contract B are contracts, they each require the elements of contract formation to be binding: offer, acceptance and consideration.

Similarly, the title of the tendering document is not determinative of the intention of the parties. In this case, the documents in question are titled Request for Proposals. A Request for Proposal ("RFP") may or may not be a call or request for bids or tenders. It is important to look at the terms and conditions set out in the RFPs in order to determine if the parties intended to enter into the contractual relations (Contract A-Contract B) that I have described above. You may look to (1) the terms of the agreement(s); (2) the context that the parties were operating within; and (3) the exchange (or lack of exchange) of consideration.

Whether or not the procurement process is a call for bids or tenders will depend on whether the call gives rise to contractual obligations, quite apart from any resulting contract. If it does, then it is a call for bids or tenders. Conversely, where a call or request for bids or tenders

lacks contractual intent, the process will not be deemed a call or request for bids and tenders.⁴⁴

v) R. c. Industries Garanties Ltée et als. (2013-2018)

[93] Dans cette affaire, qui s'est terminée en 2018, les accusés, des compagnies de ventilation et leurs dirigeants ou employés, soutenaient que le processus d'octroi des contrats d'entreprise ne constitue pas un appel d'offres, mais bien une demande de propositions.

[94] Suite à l'enquête préliminaire, le Bureau de la concurrence a demandé l'émission d'un bref de *certiorari* et a eu gain de cause devant la Cour supérieure. La Cour d'appel du Québec a confirmé la décision du juge réviseur.

[95] La Cour d'appel du Québec soutient ceci :

7 Contrairement à ce que plaident les appelants, l'existence d'une preuve de négociations postérieures à la soumission ne devait pas occulter cette autre preuve selon laquelle le donneur d'ouvrage avait lancé des invitations à soumissionner⁷ qui ont été acceptées par les appelants⁸. À ces éléments s'ajoutaient aussi une preuve testimoniale allant dans le sens de la preuve documentaire présentée par le ministère public⁹.

8 De plus, on ne peut valablement soutenir une absence totale de preuve de l'intention des parties de s'engager contractuellement en vue de la création du contrat A en raison d'une clause de réserve contenue dans la documentation de l'appel d'offres¹⁰. La preuve directe et circonstancielle indique, aux fins limitées de l'enquête préliminaire, que les parties avaient l'intention de procéder à un appel d'offres et de s'engager contractuellement en ce sens.

12 Au final, la juge de paix n'avait qu'à constater que la preuve directe et circonstancielle permettait l'inférence recherchée par le ministère public, et ce, à l'étape de l'enquête préliminaire, c'est-à-dire une preuve sur l'intention des parties de créer le contrat A du processus d'appel d'offres, même si la preuve permet d'autres inférences. Le juge de la Cour supérieure a donc eu raison d'écrire :

⁴⁴ Final instructions to the jury, Court File No. 09-300-68.

[21] Avec d'égards, en constatant que la présence d'une documentation spécifique et détaillée ne permet pas *automatiquement* de conclure à l'intention des parties de créer le contrat A, je crois que la juge a oublié la possibilité que cela le soit. Lorsqu'elle ajoute l'objectif de déterminer l'intention des parties, elle a placé l'appréciation de la preuve au mauvais niveau. Le juge de paix n'avait qu'à constater que la preuve permet l'inférence recherchée par le ministère public, ici sur l'intention des parties de créer le contrat A du processus d'appel d'offres, même si la preuve permet d'autres inférences.

[...]

[23] En l'espèce, les témoignages de M. Sabatino Schiavone et M. Sébastien Mathieu présentent une série de faits qui, lus dans le contexte de la preuve documentaire et des autres témoignages, me semblent permettre les inférences que recherche la requérante. Nul doute que ces propos seront attaqués au procès et ils seront peut-être nuancés. En effet, les contre-interrogatoires ont tenté, avec une certaine efficacité, d'attaquer la présence de certains des attributs du processus d'appel d'offres. La jurisprudence indique que ces aspects, comme la clause de réserve et les négociations *post* sélection, sont utiles pour déterminer si le processus est ou demeure un appel d'offres. Il s'agit, encore une fois d'une question d'appréciation, selon les circonstances et notamment selon les usages de l'industrie concernée. Cette démonstration soulève donc des questions qu'il n'appartient pas au juge de l'enquête préliminaire de trancher, ce qu'a fait ici la juge de paix. La réponse appartient au juge des faits. Parmi ces réponses, un jury bien informé sur le droit des appels d'offres pourrait conclure dans le sens que le souhaite le ministère public.⁴⁵

[96] Dans le cadre du procès, l'honorable Daniel W. Payette a déterminé que la preuve ne démontrait pas hors de tout doute raisonnable la présence d'un appel d'offres. Comme il le souligne :

9 D'abord, le Tribunal juge que l'invitation lancée par Château Drummond et Magil ne constitue pas un appel

⁴⁵ 2015 QCCA 1466; 2014 QCCS 1582.

d'offres au sens de l'article 47 de la Loi, bien qu'elle en présente l'apparence documentaire. En effet, les attributs essentiels d'un tel appel d'offres sont :

- i) l'existence d'un lien direct entre l'appel d'offres et la soumission;
- ii) la présence d'un projet défini et suffisamment circonscrit;
- iii) l'engagement du donneur d'ouvrage de traiter les soumissionnaires de façon équitable; et
- iv) la perspective que l'appel d'offres enclenche une relation contractuelle entre les soumissionnaires conformes et le donneur d'ouvrage.⁴⁶

[...]

28 Ainsi, il ne suffit pas de constater la présence d'une offre ou d'une soumission pour enclencher cet article. Il faut que cette offre ou soumission s'inscrive dans le contexte de cette initiative contractuelle spécifique que constitue l'appel ou la demande d'offres ou de soumissions. Par conséquent, bien que les termes offre et soumission possèdent une large portée et puissent s'inscrire dans d'autres types d'initiatives, l'article 47 ne s'y intéresse pas.

47 Premièrement, il doit exister un lien direct entre l'appel d'offres et la soumission. Ainsi, le fait que des sous-traitants présentent une proposition à un entrepreneur qui l'incorpore lui-même dans sa réponse à un appel d'offres lancé par le donneur d'ouvrage, ne fait pas en sorte que ces sous-traitants répondent à ce même appel d'offres s'ils n'y sont pas invités eux-mêmes. Il n'existe alors aucun lien entre eux et le donneur d'ouvrage.

48 Deuxièmement, l'appel doit viser un projet donné, défini et suffisamment circonscrit.

49 Troisièmement, la personne qui lance l'appel d'offres doit s'engager à traiter les soumissionnaires équitablement. Il en va de l'intégrité même du mécanisme

⁴⁶ *R c Rousseau*, 2018 QCCS 640.

d'appel d'offres. En effet, si les parties acceptent de renoncer à la négociation au profit de la concurrence, encore faut-il que cette concurrence soit loyale. Or, c'est justement l'intégrité de ce processus concurrentiel que l'article 47 de la Loi vise à protéger. Si les parties conviennent d'un processus où le donneur d'ouvrage peut traiter les soumissionnaires de façon aléatoire et négocier avec les uns et les autres à sa guise, ils s'éloignent de l'appel à la concurrence que constitue l'appel d'offres et que la Loi vise à protéger.

50 Cet engagement de traitement équitable des soumissionnaires distingue l'appel d'offres du marchandage de soumissions où une personne sollicite et utilise une ou des soumissions comme outil de négociations avant l'adjudication d'un contrat.

51 Il se traduit par l'obligation implicite pour le donneur d'ouvrage, de ne considérer que les soumissions conformes. Cette obligation implique que celui-ci ne peut modifier les conditions de qualifications à l'appel d'offres si l'équilibre entre les soumissionnaires s'en trouve rompu, même si la modification n'impacte pas le prix de la soumission retenue. Ainsi, si le donneur d'ouvrage de bonne foi considère qu'il doit apporter une modification à une exigence essentielle ou substantielle du contenu de son appel d'offres, il doit permettre à tous les soumissionnaires d'y réagir, notamment en ouvrant un second appel d'offres la contenant et ainsi permettre à l'ensemble des soumissionnaires de disposer de la même information. Si la décision R. c. Travelways School Transit Ltd. doit s'interpréter comme postulant le contraire, cet arrêt doit être écarté. D'ailleurs, il faut noter que la Cour d'appel de l'Ontario n'y réfère pas à l'arrêt Ron Engineering rendu l'année précédente ni, à l'évidence, à la jurisprudence qui en découle depuis.

52 Quatrièmement, l'appel d'offres doit être susceptible d'enclencher une relation contractuelle avec le donneur d'ouvrage. Ceci ne signifie pas que l'appel d'offres donne nécessairement lieu à un contrat B ni qu'il doive forcément s'inscrire dans le cadre classique du contrat A et du contrat B où le soumissionnaire présente une offre irrévocable et s'engage à conclure le contrat B aux mêmes conditions s'il est choisi.

53 Plutôt, cela implique que la réception de la soumission conforme crée une relation contractuelle entre le donneur d'ouvrage et le soumissionnaire, dont le contenu précis variera selon l'intention des parties et les circonstances. À cet égard, il importe de distinguer la conclusion d'un contrat A par le dépôt d'une soumission, du contenu de celui-ci.

vi) Défense d'erreur de faits⁴⁷

[97] Suite à un voir-dire, le juge Warkentin a permis la défense d'erreur de fait relativement à la méprise des accusés à savoir s'ils avaient répondu à des demandes de propositions ou à des appels d'offres :

4 In light of the fact that the Ontario Court of Appeal in *R. v. Dowdall*, 2013 ONCA 196, 2013 CarswellOnt 3600, at paras. 6-7 [*Dowdall*] (the title of this matter at the conclusion of the preliminary hearing prior to the Crown severing some of the counts) held that whether or not the RFPs are calls for bids or tenders is a question of fact for the trier of fact to determine, the issue of whether the RFPs are calls or request for bids or tenders is properly a question of fact, not law.

8 On the totality of the evidence in this case, it is unnecessary for me to make any factual findings or weigh credibility in order to find that the air of reality test has been satisfied. Many of the Crown's witnesses were unclear as to the nature of the RFPs in question; whether or not they were calls for bids or tenders or some type of process that resulted in supply arrangements. The RFPs on their face were unclear as to their nature and in at least one of the RFPs, the document specifically stated it was not a tender. This evidence taken together with the evidence of those accused who testified about their understanding that the RFPs were not calls for bids or tenders is sufficient to satisfy the "air of reality" test.

10 The Defence seeks to have the defence of mistake of fact, as to whether or not the RFPs were calls for bid or tenders, added as though it were an element of the offence of bid-rigging under s. 47(2) of the *Competition Act*. In particular, the Defence seeks to have the jury determine whether or not the defendants honestly believed the RFPs were not calls for bids or tenders, and

⁴⁷ *R v Durward*, 2015 ONSC 1988.

therefore did not have the necessary *mens rea* to commit the offence of bid-rigging.

4.3 L'inconstitutionnalité de l'article 69 (2) de la Loi sur la concurrence

[98] L'article 69 (2) de la *Loi sur la concurrence*⁴⁸ dispense notamment le Bureau de la concurrence de faire la preuve que les gestes ou documents provenant d'un agent ont été faits avec l'autorisation du participant (dont une entreprise accusée) :

69 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« agent d'un participant » Personne qui, selon un document admis en preuve en application du présent article, paraît être, ou qui, aux termes d'une preuve dont elle fait autrement l'objet, est identifiée comme étant un fonctionnaire, un agent, un préposé, un employé ou un représentant d'un participant.

« participant » Toute personne contre laquelle des procédures ont été intentées en vertu de la présente loi et, dans le cas d'une poursuite, un accusé et toute personne qui, bien que non accusée, aurait, selon les termes de l'inculpation ou de l'acte d'accusation, été l'une des parties au complot ayant donné lieu à l'infraction imputée ou aurait autrement pris part ou concouru à cette infraction.

69 (2) Dans toute procédure engagée devant le Tribunal ou dans toute poursuite ou procédure engagée devant un tribunal en vertu ou en application de la présente loi :

a) toute chose accomplie, dite ou convenue par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, censée avoir été accomplie, dite ou convenue, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;

b) un document écrit ou reçu par un agent d'un participant est, sauf preuve contraire, tenu pour avoir été écrit ou reçu, selon le cas, avec l'autorisation de ce participant;

c) s'il est prouvé qu'un document a été en la possession d'un participant, ou dans un lieu utilisé ou occupé par un

⁴⁸ LRC (1985), c C-34.

participant, ou en la possession d'un agent d'un participant, il fait foi sans autre preuve et atteste :

(i) que le participant connaissait le document et son contenu,

(ii) que toute chose inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a été ainsi que le document le mentionne, et, si une chose est inscrite dans le document ou par celui-ci enregistrée comme ayant été accomplie, dite ou convenue par l'agent d'un participant, qu'elle l'a été avec l'autorisation de ce participant,

(iii) que le document, s'il paraît avoir été écrit par un participant ou par l'agent d'un participant, l'a ainsi été, et, s'il paraît avoir été écrit par l'agent d'un participant, qu'il a été écrit avec l'autorisation de ce participant.

[99] Dans *R. v. Durward*⁴⁹, le juge Warkentin a déclaré cette disposition inconstitutionnelle puisqu'elle violait les articles 7 et 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

53 The manner in which s. 69 is drafted requires the trier of fact to accept that documents introduced under this section constitute *prima facie* proof of knowledge by the accused. This is not similar to the common law and statutory rules governing the admissibility of business records. Those rules continue to apply and the Crown may utilize them as in any other criminal prosecution.

54 I find that the presumptions in subsections 69(2)(a) and (b) are evidentiary presumptions and that the presumptions in subsection 69 (2)(c) are legal presumptions, thus reversing the onus onto the accused.

55 Section 69(2) requires the trier of fact to accept as proven that an accused had knowledge of certain documents and information. Knowledge in this context is an essential element of the offence of conspiracy, one of the offences that the applicants and their co-accused face. The section therefore breaches the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

⁴⁹ 2014 ONSC 4194.

56 I also accept the position of the applicants as set out above that s. 69(2), used in the context of a criminal proceeding where there is much at stake, including the potential for loss of liberty and significant personal stigma, is a procedural shortcut the Crown should not be entitled to utilize. This shortcut would force the accused to respond, potentially before the Crown has actually proven guilt beyond a reasonable doubt. As such, in addition to violating s. 11(d), s. 7 of the *Charter* is violated by the use of s. 69(2).

57 I find therefore that s. 69(2) violates the rights of the accused under ss. 11(d) and 7 of the *Charter* to be presumed innocent and could result in the accused being convicted without requiring the Crown to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

4.4 Détermination de la peine

i) Peines prévues par la Loi sur la concurrence

- Complot, accords ou arrangement entre les concurrents (art. 45 (2))

Avant le 12 mars 2010 :

- Emprisonnement maximal de 5 ans et amende maximale de 10 M \$

Depuis le 12 mars 2010 :

- Emprisonnement maximal de 14 ans et amende maximale de 25 M \$

- Truquage d'offres (art. 47 (2))

Aucun changement en 2010

- Emprisonnement maximal de 14 ans et amende sans limite

ii) Principes de détermination de la peine applicables

[100] Les principes généraux de détermination de la peine (art. 718, 718.1 et 718.2 C.cr.) s'appliquent aux organisations, notamment le principe de la proportionnalité et celui d'harmonisation des peines. Les objectifs de

dénonciation et de dissuasion spécifique et générale sont tout autant applicables.

[101] Cependant, le tribunal doit aussi appliquer les facteurs additionnels prévus à l'article 718.21 C.cr. :

718.21 Le tribunal détermine la peine à infliger à toute organisation en tenant compte également des facteurs suivants :

a) les avantages tirés par l'organisation du fait de la perpétration de l'infraction;

b) le degré de complexité des préparatifs reliés à l'infraction et de l'infraction elle-même et la période au cours de laquelle elle a été commise;

c) le fait que l'organisation a tenté de dissimuler des éléments d'actif, ou d'en convertir, afin de se montrer incapable de payer une amende ou d'effectuer une restitution;

d) l'effet qu'aurait la peine sur la viabilité économique de l'organisation et le maintien en poste de ses employés;

e) les frais supportés par les administrations publiques dans le cadre des enquêtes et des poursuites relatives à l'infraction;

f) l'imposition de pénalités à l'organisation ou à ses agents à l'égard des agissements à l'origine de l'infraction;

g) les déclarations de culpabilité ou pénalités dont l'organisation — ou tel de ses agents qui a participé à la perpétration de l'infraction — a fait l'objet pour des agissements similaires;

h) l'imposition par l'organisation de pénalités à ses agents pour leur rôle dans la perpétration de l'infraction;

i) toute restitution ou indemnisation imposée à l'organisation ou effectuée par elle au profit de la victime;

j) l'adoption par l'organisation de mesures en vue de réduire la probabilité qu'elle commette d'autres infractions.

[102] L'arrêt de principe sur l'application des principes de détermination de la peine pour les organisations est *R v Metron Construction Corp.*⁵⁰.

[103] Notons finalement que le tribunal peut désormais ordonner une probation à une organisation selon l'article 732.1 (3.1) C.cr.

iii) Programme de clémence du Bureau de la concurrence

[104] Le Bureau de la concurrence offre aux citoyens et compagnies de participer à son Programme d'immunité et son Programme de clémence afin de signaler des infractions à la *Loi sur la concurrence*.

[105] Une personne (physique ou compagnie) signalant une infraction et étant la première à le faire peut alors bénéficier d'une immunité de poursuite alors que les personnes ayant signalé l'infraction subséquentement peuvent bénéficier d'une réduction de peine.

[106] Lorsqu'il détermine le montant de l'amende à infliger en vertu du Programme de clémence pour une infraction prévue à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, le Bureau de la concurrence utilise comme point de départ un indice de 20% du « volume touché du commerce au Canada du demandeur de clémence ».

[107] Cette notion de « volume touché du commerce » n'est pas prévue dans la *Loi sur la concurrence*, mais uniquement dans le Programme de clémence. Il s'agit en fait du volume de commerce (montant des revenus bruts) obtenu grâce aux activités anticoncurrentielles de l'entreprise. Par exemple, si une entreprise a participé à 5 appels d'offres d'une valeur totale de 10 M \$ dans le cadre d'une entente avec d'autres concurrents, et qu'elle a remporté un appel d'offres dont le contrat a généré 1 M \$ de revenus bruts, ce dernier montant constituera le volume d'affaires touché de l'entreprise.

[108] Comme il est expliqué dans *Canada c Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*:

[...] ce chiffre de 20 pour cent comporte deux volets, à savoir (i) un indice de 10 pour cent du volume du commerce touché au Canada correspondant à la majoration des prix attribuable à l'activité de cartel et des autres préjudices économiques, ce qui inclut probablement la perte sèche mentionnée précédemment dans les présents motifs, et (ii) un autre indice de 10 pour cent destiné à garantir que l'amende est suffisante pour

⁵⁰ 2013 ONCA 541.

éviter qu'elle ne soit simplement considérée comme un droit à acquitter ou un prix à payer pour faire des affaires.⁵¹

[109] Dans une affaire de truquage des offres (art. 47 de la *Loi sur la concurrence*), le calcul ne se fondera pas nécessairement sur le point de départ de 20 % du volume de commerce visé. Le Bureau de la concurrence explique que dans le cadre de son Programme de clémence :

[...] la recommandation relative à l'amende sera factuelle et déterminée au cas par cas. Pour établir sa recommandation, le Bureau prendra en compte le volume de commerce touché par les ententes ou les arrangements pertinents et la nécessité d'assurer un effet dissuasif et de dénoncer les ententes de truquage des offres. Tous les participants à l'entente ou à l'arrangement peuvent être assujettis à des sanctions, qu'ils aient ou non présenté une offre ou convenu de retirer une offre déjà présentée, et qu'ils aient ou non décidé en fin de compte de fournir le produit visé par leur offre.⁵²

[110] Dans les faits, la peine infligée ressemble essentiellement à celle en vertu de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*.

[111] Le Programme de clémence prévoit ce qui suit :

- 1^{er} signet : immunité
- 2^e signet : 50 % de l'amende qui aurait été recommandée
- 3^e signet : 30 % de l'amende qui aurait été recommandée
- 4^e signet et suivants : réduction de peine moindre que 30 % de l'amende qui aurait été recommandée

[112] Le Programme de clémence a toutefois été critiqué par les tribunaux. Dans *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, le Bureau de la concurrence et la défense suggérait une peine équivalant à 50 % de l'amende qui aurait été recommandée, soit 10 % du volume de commerce touché. La Cour fédérale a exprimé de fortes réserves relativement à cette façon de procéder :

41 Or, une amende conjointement proposée dont le calcul repose exclusivement sur la multiplication du volume du commerce de l'entreprise accusée par un pourcentage particulier n'est conforme ni à la lettre ou l'esprit du Bulletin sur la clémence, ni aux dispositions

⁵¹ *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, para 72.

⁵² Foire aux questions du Programme de clémence, <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03593.html>.

susmentionnées du *Code criminel*, ni à la jurisprudence. Il en va de même d'une amende conjointement proposée que l'on calcule d'abord de cette manière, avant de l'ajuster en multipliant le montant ainsi obtenu par un second pourcentage pour refléter le fait que le délinquant a cherché à obtenir la clémence dans un ordre particulier par rapport aux autres participants à l'accord interdit.

47 Sans avoir une idée générale des gains illégaux en cause visés par les articles 45 ou 46 de la Loi et en fin de compte obtenus grâce à un accord interdit, il est difficile de comprendre comment la Cour pourrait être convaincue qu'une amende établie de cette manière pourrait amener un participant éventuel à un cartel à s'abstenir d'y participer, étant donné le faible risque combiné d'une découverte, d'une enquête et d'une condamnation. De fait, il est difficile de voir comment la Cour pourrait même être convaincue qu'une amende ainsi calculée serait susceptible de restituer, de manière approximative, les gains illicites provenant des actes interdits par les articles 45 et 46 de la Loi, et visés à l'article 718.21 du *Code criminel*. En retour, cela soulève les graves questions de savoir si une telle amende serait un moyen approprié de dénoncer le comportement illégal, de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants ou de représenter une reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité, comme le prescrivent les alinéas 718a) et f) du *Code criminel*.

[113] À la lecture de cette décision, on pouvait s'attendre à ce que les tribunaux imposent des peines plus sévères. D'ailleurs, le Bureau de la concurrence a tenté, sans succès, de faire reconnaître la règle du 20% ou demandé une peine exemplaire dans l'affaire *Les Pétroles Global Inc.*

iv) Fourchette de peine contre les compagnies

[114] En pratique, les amendes infligées aux entreprises non-fondées sur le Programme de clémence seront généralement aussi établies en fonction du volume de commerce touché de l'entreprise.

[115] Un examen des causes répertoriées permet de constater que les amendes seront équivalentes à des pourcentages du volume de commerce touché de l'entreprise variant généralement entre 15% et 35%⁵³. Les facteurs atténuants et aggravants peuvent évidemment faire varier le pourcentage.

⁵³ À titre d'exemple : Dossier Solvay Chemicals, volume de commerce visé de 15 M\$ et amende de 2.5 M\$; dossier Ueno Fine Chemicals Industry Ltd., volume de commerce visé de 8 M\$ et

[116] Dans *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, la Cour fédérale soulignait que selon des auteurs, les amendes moyennes se situent entre 20 et 30 % du volume de commerce touché de l'entreprise⁵⁴.

[117] Bien que les tribunaux aient récemment mis en garde le Bureau de la concurrence de ne pas procéder à un calcul purement mathématique afin de calculer la peine, 20 à 30 % du volume de commerce touché constitue une bonne référence pour évaluer la peine à laquelle une entreprise peut faire face.

v) R c Les pétroles Global Inc. 2015 QCCS 1618

[118] Les représentations sur la peine se sont échelonnées sur 8 jours, et le Bureau de la concurrence a notamment fait témoigner un économiste expert en matière de concurrence.

[119] Selon le témoignage de cet expert, le surprofit de Global (profit illicite découlant de la majoration des prix attribuable à l'activité de cartel) était d'environ 645 000 \$.

[120] Au départ, le Bureau de la concurrence entendait demander une peine correspondant à 20 % du volume des ventes pendant la période concernée. D'ailleurs, les entreprises ayant plaidé coupable dans cette affaire avait reçu des peines fondées sur le fameux 20 % du volume de commerce touché.

[121] Global avait vendu pour 22,863 M de litres d'essence durant cette période. À un prix moyen de 1 \$ / litre d'essence, le volume de commerce touché était de 22,863 M \$.

[122] Ainsi, selon la théorie du 20%, le Bureau de la concurrence entendait donc suggérer une amende de 4 572 600 \$.

[123] Finalement, le Bureau de la concurrence a renoncé à demander une telle amende, et a plutôt suggéré une peine se situant entre 2.2 et 2.6 M \$, ventilée comme suit :

- Le montant obtenu grâce à l'infraction : 645 000 \$;
- Le coût social et la dissuasion : 1 000 000 \$;
- Les facteurs aggravants et atténuants : entre 555 000 \$ et 955 000 \$;

amende de 1.125 M\$ (la Cour note que le Bureau de la concurrence a pour pratique de demander 20 % du volume de commerce visé); Cartel du transport aérien de marchandises (Air France, KLM et Martinair), 31.5 M\$ de volume de commerce visé et amende de 10 M\$.

⁵⁴ *Canada c Maxzone Auto Parts (Canada) Cor.*, 2012 CF 1117, para 75.

[124] Quant à la défense, elle demandait une peine de 645 000 \$ correspondant à la valeur estimée des profits illicites par l'expert du Bureau de la concurrence, étant donné, notamment, que Global n'avait finalement pas profité de son association avec Olco qui avait plutôt tourné au vinaigre.

[125] Le juge a d'abord reconnu que la dissuasion et la dénonciation doivent primer dans le cas d'une infraction à la *Loi sur la concurrence*. Il a ensuite souligné que la peine devrait être fixée « [...] à un niveau tel que les coûts de commission de l'infraction excèdent les bénéfices potentiels ». Selon l'expert du Bureau de la concurrence, le taux de détection des cartels serait de l'ordre de 15 à 20 %.

[126] Il souligne également la « perte sèche » découlant de la collusion, notant toutefois que le Bureau de la concurrence n'a pas été en mesure de fournir des données relatives à cette perte :

67 L'impact économique de l'accord anticoncurrentiel ne se calcule pas seulement en termes de profit illicite, soit la somme supplémentaire directement payée par les consommateurs et les entreprises floués. Les sommes affectées au surprix ne sont pas dépensées autrement, ce qui se répercute sur d'autres acteurs commerciaux et économiques. En outre, la hausse du coût du transport a un impact sur le prix d'autres biens de consommation. Il y a donc une cascade de conséquences économiques délétères.

[127] Il note aussi les peines infligées aux individus impliqués chez Global, soit :

- M. Payette à titre de supérieur de l'instigateur – 12 mois à purger dans la communauté et donation de 5 000 \$.
- M. Bourassa à titre d'instigateur – 12 mois à purger dans la communauté.
- M. Leblond qui relayait l'information aux compétiteurs – 10 000 \$⁵⁵.

[128] Le Bureau de la concurrence ayant annoncé vouloir demander une amende correspondant à 20 % du volume de commerce touché, le juge Tôth a expliqué pourquoi il n'entendait pas suivre cette règle. Il mentionne ce qui suit :

⁵⁵ *R. c. Leblond*, 2008 QCCS 6751.

89 Il faut bien comprendre que le facteur de 20 % n'est pas une majoration du prix : il présume que le profit illicite est égal à 10 % du volume de commerce, ce qui est bien différent.

90 En l'espèce, 20 % du volume de commerce (22,68 M\$) équivaldrait à 4,536 M\$, ce qui est sept fois le profit illicite estimé par Pr Boyer.

91 Il faut prendre ce facteur de 20 % pour ce qu'il est : un facteur de prédiction d'une recommandation de la peine. Il se situe dans un régime de clémence qui veut encourager l'auto-divulgation et la coopération des délinquants selon des balises claires, le tout dans une perspective d'efficacité et d'application efficiente de la Loi.

92 À ce facteur de 20 % moins l'abattement applicable à la situation du demandeur de clémence s'ajouteront les facteurs atténuants et aggravants propres à sa situation.

93 Le Tribunal n'a pas l'intention de se référer à ce facteur purement arithmétique qui cadre mal avec les critères de la partie XXIII du Code criminel. Le Tribunal n'a pas l'intention d'utiliser l'estimation du profit illicite de 645 000 \$ (ce qui correspondrait à la moitié du facteur de 20 %) et le majorer de 100 % à titre de dissuasion et d'exemplarité, ce qui serait l'autre moitié du facteur de 20 %.

94 Cela ne signifie pas que le facteur de 20 % n'a pas sa pertinence dans un régime de clémence, bien au contraire.

95 Mais en l'espèce, il s'avère que la preuve a été faite par la Couronne d'un surprofit différent que le 10 % présumé, estimé ou deviné.

[129] Le juge Tôth a ainsi infligé une peine de 1 M \$. Précisions qu'à l'époque de la commission des gestes reprochés, l'amende maximale était de 10 M \$.

[130] Dans les faits, Global a reçu une peine correspondant à 4.37 % du volume de commerce touché, après avoir tenu un procès. Le montant de son amende est d'au moins 5 % moins élevé que celles des compagnies ayant bénéficié du Programme de clémence.