

Ententes anticoncurrentielles et truquages d'offres  
dans l'industrie de la construction  
- bilan de notre régime réglementaire

présenté à

la **Commission d'enquête  
sur l'octroi et la gestion des contrats publics  
dans l'industrie de la construction**

par

**Me Yves Comtois**

Rapport final - octobre 2014

1. *Qu'est-ce qui peut expliquer le nombre restreint de poursuites pénales pour truquage d'offres intentées par le Bureau de la concurrence durant la période couverte par le mandat de la Commission, et tout particulièrement le fait qu'un si petit nombre de cas de pratiques anticoncurrentielles dans l'octroi des contrats publics de construction semble avoir été détecté: les défis que pose une approche criminelle et le fardeau de preuve qu'elle prévoit? L'absence d'incitatif à dénoncer de la part des donneurs d'ouvrages publics? D'autres considérations?*

## **Un bilan décevant**

Au cours des quinze dernières années, très peu d'accusations criminelles pour violation des dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de complot ou de truquage d'offres ont été portées contre des entreprises québécoises oeuvrant dans le secteur de la construction. Entre l'an 2000 et la fin de l'année 2006, aucune accusation n'a été déposée. À partir de la fin de l'année 2006, le rythme des accusations s'est quelque peu accéléré, mais la portée des affaires est demeurée somme toute plutôt réduite: des accusations ont été portées dans 5 dossiers, soit un cas de truquage d'offres dans la vente de composantes de feux de signalisation au terme d'un marché public lancé par la Ville de Québec en 2006<sup>1</sup>, un cas de truquage d'offres dénoncé en 2008 pour des travaux de réfection à l'hôpital de Chicoutimi et à la fonderie d'Alcan à Alma<sup>2</sup>, un autre cas de truquage d'offres en 2010 concernant l'attribution de contrats privés de ventilation pour des immeubles d'habitation à Montréal<sup>3</sup>, une affaire de soumissions truquées rendue publique en 2011 relativement à l'octroi de contrats municipaux et

---

<sup>1</sup> Communiqué du 30 octobre 2006, «Des entreprises du Québec sont accusées de truquage d'offres à la suite d'une enquête du Bureau de la concurrence», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02223.html>.

<sup>2</sup> Communiqué du 10 novembre 2008, «Des entreprises de construction du Québec sont accusées de truquage d'offres à la suite d'une enquête du Bureau de la concurrence», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02748.html>.

<sup>3</sup> Communiqué de presse du 21 décembre 2010, «Des accusations sont portées relativement à un truquage d'offres dans le domaine de la construction résidentielle à Montréal», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03327.html>.

gouvernementaux pour des services d'entretien d'égouts à Montréal<sup>4</sup>, puis finalement, une affaire de grande envergure, celle du système présumé de collusion implanté dans la région de Saint-Jean-sur-Richelieu concernant l'octroi de contrats municipaux de construction<sup>5</sup>. Au final, près d'une trentaine d'entreprises sont impliquées dans ces affaires. Depuis 2013, le rythme et l'envergure des affaires se sont emballés, avec la révélation récente par les médias que des enquêtes plus vastes du Bureau de la concurrence étaient en cours dans quatre nouveaux dossiers, soit ceux des firmes de génie-conseil à Québec<sup>6</sup> et à Gatineau<sup>7</sup>, de certaines compagnies de construction à Montréal<sup>8</sup>, ainsi que de fabricants d'éclairage routier au Québec<sup>9</sup>. Lors de son témoignage devant la Commission, le représentant du Bureau de la concurrence a par ailleurs indiqué que 12 dossiers qui concernent le secteur québécois de la construction sont actuellement en cours d'enquête<sup>10</sup>.

Cette accélération marquée du nombre de dossiers du Bureau de la concurrence au cours des toutes dernières années coïncide sans doute avec l'importante couverture médiatique récente des problèmes de collusion et de corruption dans l'industrie et avec l'adoption sans précédent de mesures publiques énergiques, telles que la mise sur pied de l'UPAC et les travaux de la Commission. Plusieurs représentants d'entreprises qui ont témoigné devant la Commission ont d'ailleurs indiqué que ce sont essentiellement ces derniers facteurs qui les ont poussés à réfléchir et à réagir<sup>11</sup>. De plus, sur la base de l'information publiquement disponible, il semblerait que tous ces nouveaux dossiers du Bureau de la concurrence n'ont pu voir le jour que suite au dépôt de demandes d'immunité par des entreprises. Il y a donc fort à parier que le débat public portant sur les problèmes de concurrence dans l'industrie a fait réfléchir certaines entreprises et les a convaincues d'approcher le Bureau de leur propre initiative avant d'être démasquées,

---

<sup>4</sup> Communiqué du 22 novembre 2011, «Le Bureau de la concurrence met au jour un cartel de services d'égout au Québec», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03430.html>.

<sup>5</sup> Communiqué du 21 juin 2012, «L'UPAC et le Bureau de la concurrence du Canada déposent 77 chefs d'accusation visant 11 personnes et 9 entreprises», disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03473.html>.

<sup>6</sup> Voir notamment « Collusion: perquisitions à Québec en février et en mars dernier », Le Soleil, 5 septembre 2013.

<sup>7</sup> Voir notamment « Soupçons de collusion à travers l'Outaouais », Le Droit, 26 septembre 2013.

<sup>8</sup> Voir notamment « Construction: perquisitions chez 16 entrepreneurs », La Presse, 11 mars 2014.

<sup>9</sup> Voir notamment « Cartel de l'éclairage: perquisition dans un cabinet d'avocats », La Presse, 19 juin 2013.

<sup>10</sup> Témoignage de M. Pierre-Yves Guay, sous-commissaire adjoint, Direction générale des affaires criminelles, Bureau de la concurrence (8 octobre 2014, à la page 20) (ci-après « *Témoignage BCC* »).

<sup>11</sup> Voir notamment le témoignage de M. Pierre Lavallée, Président de la société BPR inc. du 19 mars 2013: « [...] ce qui change le comportement, c'est tout ce que vous faites actuellement » (page 36); « Puis arrive enfin la période où là, bien, il y a quelqu'un qui dit, « Ah, non, non, ce n'est plus admissible, il existe une vérification, il existe des organismes » (page 37).

afin de pouvoir éventuellement recevoir un traitement plus clément. On peut donc malheureusement supposer que n'eût été de la pression médiatique et de la vigueur des actions publiques récentes, la plupart de ces récents dossiers d'enquête n'auraient peut-être jamais été ouverts.

Au vu des témoignages entendus lors des audiences de la Commission, qui font état de nombreux complots anticoncurrentiels et de truquages d'offres à travers plusieurs secteurs de l'industrie québécoise de la construction, ce bilan de notre régime réglementaire en matière de concurrence est décevant. Bien que les infractions de concurrence ne soient manifestement pas les seules à ne pas avoir été détectées et réprimées dans des proportions satisfaisantes - les travaux de la Commission ont fait état d'une multitude d'activités illégales de nature diverse -, il reste que du strict point de vue du droit de la concurrence, les failles du régime sont manifestes.

Ces lacunes, à notre avis, sont de deux ordres: notre régime de concurrence a failli à sa tâche au niveau de la détection et de la répression des cas de truquages d'offres; mais il s'est également montré très peu efficace au niveau de la prévention, en amont, de ces activités illicites. On peut donc légitimement se poser la question de savoir pourquoi notre régime n'a pas su dissuader au départ nos entreprises de comploter et pourquoi il n'a pas pu détecter un nombre suffisant de comportements illicites.

### **Un facteur à écarter: l'éventuel manque de sévérité des peines prévues dans la *Loi sur la concurrence***

D'emblée, nous pensons qu'on peut écarter un facteur qui, à notre avis, a eu très peu d'impact: la nature des sanctions dont sont passibles les entreprises ou individus trouvés coupables d'avoir enfreint la *Loi sur la concurrence* et leur éventuel manque de sévérité. Dans ce genre d'exercice, le réflexe est souvent d'imputer le constat d'échec au caractère trop clément, voire « dérisoire » des sanctions, et d'en préconiser le renforcement afin d'augmenter le caractère dissuasif de la loi. Or, nous estimons qu'en ce qui concerne la *Loi sur la concurrence*, cette démarche n'est pas justifiée. Nous ne pensons pas que la prévalence rapportée des cas d'infraction s'explique par le manque de sévérité des sanctions prévues dans la *Loi sur la concurrence*.

Tel que discuté plus en détail dans notre premier rapport, il existe une tendance relativement marquée au sein des juridictions occidentales de traiter les manquements aux règles de concurrence interdisant les cartels comme des infractions pénales et d'imposer des sanctions de cette nature non seulement aux entreprises qui ont enfreint

la loi mais également aux représentants de celles-ci qui ont personnellement participé à l'infraction. Cette tendance est fortement influencée par les autorités américaines qui considèrent que la criminalisation des infractions de concurrence et l'engagement de la responsabilité personnelle des individus qui ont participé à l'infraction, notamment par l'imposition de peines d'emprisonnement, sont des mesures de dissuasion fondamentales. Certains pays résistent encore à cette tendance, dont au premier chef plusieurs juridictions européennes dont les régimes, pour l'essentiel, sont de nature civile. Pour la plupart, ces régimes se limitent à imposer des sanctions pécuniaires (certes, très sévères), qui ne concernent que les entreprises. Les individus sont donc généralement épargnés. Or, pour ce qui est du Canada, les infractions qui sont prévues dans la *Loi sur la concurrence* interdisant les complots sont de nature criminelle et ce, depuis plus de 100 ans. Elles s'appliquent tant aux entreprises qu'aux individus, qui peuvent se voir imposer non seulement des amendes mais aussi des peines de prison. Dans les faits, le Canada se situe donc dans le peloton de tête des pays qui ont emprunté la voie criminelle et le pays est même fréquemment cité en exemple par des organisations telles que l'OCDE.

En ce qui concerne le degré de sévérité des sanctions, la *Loi sur la concurrence* a justement été amendée en 2009 afin notamment d'augmenter les peines imposables. L'amende maximale pour participation à un complot anticoncurrentiel est désormais de 25 M\$, celle pour truquage d'offres n'a pas de plafond statutaire. Pour ce qui est des peines d'emprisonnement, celles-ci peuvent maintenant avoir une durée jusqu'à 14 ans<sup>12</sup>. Ceci place le Canada parmi les juridictions les plus sévères au monde.

Dans les faits, il est vrai que la sévérité des sanctions imposées par nos tribunaux peut parfois paraître faible si on examine ce qui se fait ailleurs. En ce qui concerne le niveau des amendes, par exemple, celles-ci semblent pâlir, en chiffres absolus, en comparaison avec les sanctions pécuniaires qui sont imposées par les autorités américaines ou par la Commission européenne. Il faut bien comprendre cependant que les amendes sont toujours calculées en fonction du montant total des ventes affectées par le comportement anticoncurrentiel et, en cela, la pratique des autorités canadiennes

---

<sup>12</sup> Même s'il est vrai que l'augmentation de la sévérité des peines annoncée en 2009 coïncide avec une multiplication du nombre de dossiers ouverts par le Bureau de la concurrence durant cette même période, nous ne pensons que cette mesure explique une telle recrudescence. Nous sommes plutôt d'avis que c'est la couverture médiatique entourant l'établissement de la Commission qui a fait craindre à certaines entreprises d'être soudainement démasquées et qui les a incitées à approcher volontairement le Bureau pour se prévaloir des programmes d'immunité et de clémence, expliquant ainsi le plus grand nombre de cas « détectés » par le Bureau. À tout événement, l'augmentation des peines, qui est entrée en vigueur en 2010, n'a pas d'effet rétroactif et ne s'applique pas aux comportements anticoncurrentiels adoptés avant cette date.

ne s'écarte pas de la norme adoptée par la plupart des autorités antitrust occidentales. Puisque nos marchés sont généralement plus petits, il est donc en quelque sorte normal que le montant des amendes imposées ici, en chiffres absolus, soit en général plus bas que dans de plus gros marchés. En ce qui concerne les peines d'emprisonnement, enfin, il est vrai qu'elles sont à l'heure actuelle moins sévères qu'au sud de la frontière. Dans l'affaire du cartel de l'essence, par exemple, qui suit toujours son cours, les tribunaux n'ont jusqu'à présent imposé que des peines d'emprisonnement avec sursis. En comparaison, les peines d'emprisonnement ferme sont fréquentes aux États-Unis. Cependant, il faut bien comprendre que la politique des autorités canadiennes de requérir l'imposition de peines de prison pour les individus par nos tribunaux existe depuis moins longtemps qu'aux États-Unis<sup>13</sup>. Cette tendance est toutefois certainement à la hausse, tant au niveau de la durée des peines de prison demandées que de la fréquence à laquelle elles sont requises. Il y a fort à parier qu'avant longtemps, un premier individu sera condamné à purger une peine de prison ferme pour participation à un complot anticoncurrentiel ou à un truquage d'offres au Canada.

### **Faible connaissance de la *Loi sur la concurrence* et peu de visibilité des actions du Bureau de la concurrence au Québec**

Nul n'est évidemment sensé ignorer la loi. Cependant, le caractère dissuasif de celle-ci peut-être affaibli, même si la loi est assortie de sanctions sévères, lorsque les justiciables connaissent mal la nature de ces sanctions ou qu'ils ont l'impression que la loi n'est pas réellement appliquée.

À bien des égards, la *Loi sur la concurrence* est mal connue au Québec. Elle fait relativement peu les manchettes et les membres de la communauté d'affaires en saisissent parfois mal les paramètres. Certains intervenants lors des audiences publiques ont d'ailleurs indiqué qu'ils avaient mal compris la portée exacte des interdictions que la Loi édicte ou en avaient sous-estimé la gravité<sup>14</sup>. Nous avons eu l'occasion à maintes reprises au cours de notre pratique de constater cette méprise. Certes, la situation s'est certainement améliorée au cours des dernières années. Les

---

<sup>13</sup> Les juges canadiens doivent également tenir compte des principes de détermination de la peine édictés dans le Code criminel qui prévoit notamment, à l'alinéa 718.2 d), « l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ».

<sup>14</sup> Voir notamment le témoignage de M. Marc-André Gélinas, Directeur Général pour la Compagnie AECOM (3 septembre 2013, à la page 155) (ci-après « *Témoignage AECOM* »).

nombreux reportages entourant le dépôt d'accusations criminelles dans le cartel de l'essence et, bien évidemment, tout le débat public entourant les travaux de la Commission ont sans doute contribué à renforcer dans l'esprit du public l'importance et la gravité de la loi. N'eût été de ces événements, par contre, la connaissance de la Loi par les justiciables serait probablement restée relativement faible.

Parallèlement à ce phénomène, et peut-être comme élément permettant de l'expliquer, la présence et la visibilité du Bureau de la concurrence au Québec sont aussi relativement faibles. À moins d'y avoir été directement confrontés, les gens connaissent généralement peu le Bureau et ce qu'il fait. Certains témoins ont d'ailleurs affirmé qu'avant 2009, ils ne connaissaient pas le Bureau de la concurrence ou n'auraient pas pensé à le contacter pour dénoncer une pratique illégale soupçonnée<sup>15</sup>. « Ce n'est pas quelque chose qu'on entend souvent parler », a-t-on pu entendre relativement au Bureau<sup>16</sup>. De manière générale, le Bureau de la concurrence ne mène pas d'activités de surveillance de terrain sur les marchés. De ce fait, sa visibilité en pâtit.

Par les propos qui précèdent, nous ne sous-entendons évidemment pas que les nombreuses entreprises qui ont apparemment fait du truquage d'offres ignoraient qu'elles contournaient les règles. La grande majorité des entreprises entendues sur ce point semblaient savoir pertinemment qu'elles agissaient dans l'illégalité (même si elles ne savaient peut-être pas nommer de manière précise les dispositions de la loi qu'elles étaient en train d'enfreindre). Elles ont d'ailleurs pris soin de garder leur concertation secrète, certaines allant même jusqu'à utiliser un langage codé pour crypter leurs discussions<sup>17</sup>. En ce sens, le manque de visibilité de la Loi et des actions du Bureau de la concurrence n'a probablement pas contribué à ancrer une culture de conformité au sein des entreprises.

### **Certains objectifs de la loi ne sont pas compris ou partagés par tous**

Toujours sur le plan difficilement quantifiable de la perception de la *Loi sur la concurrence* auprès des justiciables, il est peut-être utile de mentionner qu'à bien des égards, certains objectifs de la Loi - dont notamment la promotion et la protection du

---

<sup>15</sup> Voir notamment les témoignages de M. Yves Cadotte, Vice-Président de SNC Lavallin inc. (18 mars 2013, à la page 94), de M. Jean Roberge, Directeur général adjoint de la Ville de Laval (16 mai 2013, à la p. 111) et de M. Gilles Théberge, ex-employé de Sintra (28 mai 2013, à la 165).

<sup>16</sup> *Témoignage AECOM, supra* note 14, à la page 171.

<sup>17</sup> *Ibid*, aux pages 89 et suivantes.

libre marché - ne sont pas entièrement compris ou même acceptés par une tranche non négligeable de la population. Au cours de notre pratique, par exemple, nous avons eu à plusieurs reprises l'occasion d'entendre qu'il est, ou devrait être, « normal », ou à tout le moins souhaitable, pour de petites entreprises de « coopérer » entre elles, afin d'être capables de survivre face à la concurrence des « géants »; ou pour des entreprises d'une région de faire front commun contre les entreprises qui proviennent de l'extérieur; ou tout simplement que le respect concerté des territoires et clients de chacun fait partie d'une saine politique de concurrence « loyale ». Certains commentaires en ce sens ont d'ailleurs été entendus au cours des audiences de la Commission. On a entendu par exemple que « si on ne fait plus de collusion, on va..., les petits vont tous mourir »<sup>18</sup>. Un autre représentant d'une société québécoise s'est dit étonné et perplexe que la société-mère américaine de son entreprise impose désormais à tous les employés de s'engager à respecter un code d'éthique et de conformité à la Loi, un code qu'il considèrerait difficilement conciliable avec les pratiques qu'il avait adoptées jusqu'alors et « à une année lumière de la culture québécoise »<sup>19</sup>. Or, le type de « coopération » dont il est question ici peut précisément donner lieu à des comportements contraires à la Loi et aux objectifs de libre marché qu'elle fixe. La *Loi sur la concurrence* ne se soucie guère d'une répartition équitable des revenus ou des emplois entre les différentes entreprises d'un secteur donné, ou de la protection des « fleurons » de l'économie régionale ou provinciale. Elle obéit à une logique stricte et implacable de libre marché. Cette résistance face à certains objectifs de la Loi a probablement contribué elle aussi au laxisme dont ont fait preuve certaines entreprises et peut-être certains de leurs interlocuteurs face au respect de la Loi.

### **La collusion est en soi difficile à détecter**

On ne dira jamais assez que la collusion est difficile à détecter. Les ententes anticoncurrentielles et le truquage d'offres sont par définition secrètes. Elles sont évidemment rarement consignées par écrit. Sauf exception, et en l'absence de preuve testimoniale, on peut tout au plus en déceler certains indices dans une note griffonnée en marge d'une page ou dans un courriel au sens obscur. De manière générale, pour reprendre une expression anglaise du métier, les « *smoking guns* » sont très rares. De plus, certains des effets d'une entente anticoncurrentielle, comme le fait que des entreprises semblent respecter systématiquement le territoire de leurs concurrents,

---

<sup>18</sup> Témoignage de M. Serge Daunais, Directeur général de Pavages Maska (14 avril, à la page 72).

<sup>19</sup> Témoignage de M. Patrice Mathieu, ancien Vice-Président de la compagnie AECOM (4 septembre, à la page 101).

peuvent parfois s'expliquer par un comportement commercial parfaitement légitime. Une entreprise peut par exemple décider seule, en toute légalité, de ne pas s'appropriier la clientèle ou le « territoire » de sa rivale parce qu'elle sait par expérience, ou par anticipation, qu'une telle démarche déclencherait invariablement une riposte de son adversaire qui pourrait entraîner les deux entreprises dans une guerre de prix coûteuse pour les deux. Or, la *Loi sur la concurrence* n'oblige aucunement les entreprises à faire activement concurrence à leurs rivales. Elle ne fait qu'interdire les ententes qui ont pour but de faire échec à la libre concurrence. D'un point de vue juridique, il ne peut non plus y avoir de présomption d'entente illicite, lorsque les seuls éléments colligés sont des caractéristiques observables du marché, qui pourraient s'expliquer, parmi d'autres hypothèses, par la collusion.

Nous pensons qu'il est utile de reproduire ici au long les propos du Juge La Forest de la Cour suprême dans l'affaire *Thompson*, concernant les difficultés particulières de découvrir les infractions aux règles de concurrence:

*« Bien que les difficultés d'enquête soient évidemment toujours un sujet de préoccupation en matière d'application des lois, il est important de souligner la nature distincte des problèmes rencontrés par les responsables de l'application des lois anticoncurrence. Dans une enquête policière traditionnelle, on sait généralement qu'une infraction a été commise. Un corps aura été trouvé, une personne portera plainte parce que ses biens auront été volés ou parce qu'elle aura été attaquée, ou on aura vu une personne se livrer à une conduite interdite. En d'autres termes, la perpétration de la plupart des infractions qui font généralement l'objet d'une enquête des policiers exige l'établissement d'une preuve matérielle ou, à tout le moins, une conduite que l'on peut physiquement observer. C'est dire que le problème habituel d'une enquête policière n'est pas de déterminer si la loi a été violée, mais d'établir un lien entre une personne ou des personnes en particulier et l'infraction que l'on sait avoir été commise.*

*En matière de lois anticoncurrence, la situation est très différente. En vertu de la [Loi sur la concurrence], l'enquête tenue par le [Bureau de la concurrence] peut porter soit sur la délivrance ou la violation d'une ordonnance [...] soit sur la perpétration d'une infraction [...] La conduite qui constitue une violation d'une telle ordonnance et la conduite qui constitue une infraction ne sont, sauf exceptions, généralement pas observables par des tiers; elles ne produisent pas non plus un résultat qui laisse voir (ou indique peut-être même sérieusement) qu'on s'est livré à celles-ci. La plupart du temps, elles se déroulent à l'abri des salles de conférence et des bureaux des sociétés. Dans certains cas à tout le moins, elles peuvent prendre l'allure d'altérations les plus subtiles apportées à des activités par ailleurs tout à fait légitimes, comme la fixation des prix des marchandises ou la décision de présenter une soumission en réponse à des appels d'offres particuliers. Dans ce dernier cas, il s'ensuit que plusieurs formes de conduites réglementées ou interdites produisent des résultats, comme la décision d'approvisionner un acheteur plutôt qu'un autre, la décision de fixer le prix d'une marchandise à un niveau donné plutôt qu'à un autre ou la décision de présenter une soumission à un appel d'offres plutôt qu'à un autre, qui s'inscrivent très bien dans les prises de décisions normales ou habituelles. Bref, la plupart des conduites qui font l'objet d'une enquête par le [Bureau] ne laissent pas de traces visibles; [...] L'extrait suivant de S. V. Wilson et A. H. Matz, "Obtaining Evidence for Federal Economic Crime Prosecutions: An Overview and*

*Analysis of Investigative Methods" (1977), 14 Am. Crim. L. Rev. 651, à la p. 651, résume les difficultés liées aux enquêtes sur les crimes économiques en général:*

*[TRADUCTION] Mais les crimes économiques sont beaucoup plus complexes que la plupart des autres infractions relevant de la compétence fédérale. Les événements en cause se sont généralement produits à une époque beaucoup plus lointaine et sur une période beaucoup plus longue. La "preuve" ne se résume pas simplement à quelques rares éléments de preuve matérielle mais à une grande pièce remplie de documents souvent obscurs. Pour plaider efficacement, le substitut du procureur général des États-Unis doit parfois maîtriser les complexités d'une entreprise commerciale sophistiquée. En outre, ce faisant, celui-ci, ou les fonctionnaires qui travaillent avec lui, doivent souvent répondre à une question fondamentale à laquelle on a déjà répondu dans la plupart des autres cas: Premièrement, un crime a-t-il été commis? En langage courant, la question n'est pas tellement de savoir "qui a commis l'infraction" mais "qu'est-ce qui a été commis". [Je souligne.] »<sup>20</sup>*

Les autorités de concurrence ne peuvent pas être partout à la fois, dans tous les secteurs de l'économie, à tenter d'écouter ce qui se trame derrière des portes closes. Leurs pouvoirs d'enquête sont considérables - elles peuvent par exemple effectuer des perquisitions et saisies ou faire de l'écoute électronique - mais ces pouvoirs doivent être exercés en conformité avec les chartes des droits, qui de manière générale n'autorisent les atteintes prononcées aux attentes de vie privée des individus et des entreprises que s'il existe un motif raisonnable de croire qu'un crime a été commis. Ce faisant, la plupart des enquêtes en matières criminelles du Bureau de la concurrence sont lancées à la suite de plaintes provenant de tiers, de dénonciations d'anciens employés qui ont été témoins d'activités illégales et, surtout, à la suite du dépôt d'une demande d'immunité ou de clémence par une entreprise qui a elle-même pris part au complot et qui fournit à l'agence l'information dont elle a besoin pour faire la preuve du complot. C'est précisément pour cette raison que les agences de concurrence attachent une si grande importance à leur programme de clémence. Au fil des ans, ces programmes sont devenus leur principal outil de détection des cartels. En revanche, si personne ne dénonce ou n'approche l'agence pour avouer son crime, peu d'infractions seront détectées.

## **Les ressources du Bureau de la concurrence sont limitées**

---

<sup>20</sup> *Thompson Newspapers c. Dir. des Enq & Rech.* [1990] 1 R.C.S. 424, à la page 523 (ci-après « *Thompson* »).

En l'espèce, les difficultés particulières de détecter les cartels ont été exacerbées, à notre avis, par une série de facteurs. Dans un premier temps, le caractère limité des ressources du Bureau de la concurrence doit être mentionné.

Le Bureau de la concurrence compte près de 400 employés<sup>21</sup>. Cependant, moins d'un cinquième de ceux-ci travaillent dans la Direction générale des affaires criminelles qui s'occupe des cas de cartels<sup>22</sup>. Les autres employés sont responsables notamment de dossiers de publicité trompeuse et de pratiques visées par les dispositions civiles de la Loi, telles que les fusions d'entreprises et l'abus de position dominante. La Direction générale des affaires criminelles est évidemment responsable de l'ensemble des cas de cartels dans tous les secteurs de l'économie, et ce à la grandeur du pays. En outre, une part importante des effectifs de cette division travaille à l'examen de cartels internationaux, qui sont souvent analysés en parallèle avec d'autres agences de concurrence et qui mobilisent beaucoup de ressources. Au final, entre 15% et 20% des enquêteurs de la division sont généralement disponibles pour s'occuper des cas de cartels au Québec (tous secteurs confondus)<sup>23</sup>.

Qui plus est, comme bon nombre d'autres organismes gouvernementaux, le Bureau de la concurrence doit composer avec des contraintes budgétaires. Celles-ci se sont notamment traduites récemment par la fermeture de bureaux régionaux. Celui de Montréal a été épargné, mais il est maintenant également responsable du territoire des Maritimes. Le personnel de ce bureau régional est restreint et compte 6 employés qui s'occupent de cas de cartels<sup>24</sup>. En outre, le rôle joué par ce bureau régional sur la place publique nous semble très effacé. Les décisions stratégiques concernant le choix et la direction des dossiers semblent principalement prises à partir du bureau central de Gatineau. En conséquence, la présence régionale du Bureau « sur le terrain » est faible. Il nous semble en tout cas manifeste, à la lecture de certains témoignages entendus lors des audiences, que bon nombre de joueurs ne craignaient guère d'être « embêtés » par des agents du Bureau de la concurrence.

Dans un tel contexte de ressources limitées, on peut imaginer que le Bureau est nécessairement appelé à faire des choix et à classer ses dossiers en fonction de

---

<sup>21</sup> *Témoignage BCC, supra* note 10, à la page 118.

<sup>22</sup> Plus précisément 66 employés sur 400. Voir *Témoignage BCC, supra* note 10, à la page 21.

<sup>23</sup> Soit entre 10 et 14 personnes. Ce nombre est passé à 25 au cours des toutes dernières années, compte tenu de l'augmentation de la charge de travail provoquée par l'ouverture de nombreux nouveaux dossiers relatifs au secteur de la construction. Voir *Témoignage BCC, supra* note 10, à la page 21.

<sup>24</sup> *Ibid*, à la page 15.

certaines priorités. Bien qu'il soit manifeste que les dossiers québécois dans le secteur de la construction se soient hissés au sommet de la liste des dossiers prioritaires du Bureau au cours des toutes dernières années (en réaction notamment à la pression médiatique entourant les travaux de la Commission et de l'augmentation marquée des demandes d'immunité qu'ils ont provoquées), il n'en a sûrement pas été toujours ainsi. Les cartels existent partout, et le Bureau ne peut évidemment s'occuper que des affaires du Québec.

### **Complicité de certains représentants de l'administration**

L'un des facteurs qui, à notre avis, a aussi contribué au fait que des cas de soumissions concertées soient passés inaperçus, est qu'un nombre non négligeable d'entre eux, si l'on se fie aux témoignages entendus lors des audiences, semblent avoir été orchestrés avec la complicité, ou peut-être la complaisance, de certains représentants des pouvoirs publics qui étaient en relation directe avec les entreprises fautives.

Or, en matière de truquage d'offres, particulièrement au vu des difficultés de détection et des problèmes de ressources évoqués auparavant, ce sont précisément ces personnes, compte tenu de leur connaissance du marché, des conditions de prix qui prévalent et des joueurs en place, qui sont le mieux à même de détecter des comportements suspects ou des anomalies dans le processus d'octroi des contrats, de soupçonner l'existence d'un cartel et d'alerter les autorités compétentes. Ce sont ces personnes qui sont en grande partie les chiens de garde de l'intégrité du processus d'octroi des contrats et sans leur travail de surveillance, l'action répressive du Bureau de la concurrence sera nécessairement handicapée. Dans le cadre de son témoignage, le représentant du Bureau de la concurrence a d'ailleurs mentionné que, faute de ressources nécessaires, le Bureau se fiait sur les donneurs d'ouvrages pour analyser et lui signaler des cas potentiellement problématiques<sup>25</sup>.

Si, de surcroît, le travail que ces personnes accomplissent et les décisions qu'elles prennent ne sont pas ou peu supervisés par leur supérieurs hiérarchiques (notamment parce que l'on se fie sur leur travail pour que l'administration prenne une décision éclairée) ou a fortiori, si des membres de la hiérarchie administrative sont eux-mêmes de connivence, les chances que le cartel soit dénoncé ou détecté seront nécessairement très faibles.

---

<sup>25</sup> *Témoignage BCC, supra* note 10, à la page 248.

Malgré la sévérité des sanctions, dans un contexte où le Bureau de la concurrence ne parvient pas à jouer un rôle plus proactif de surveillance et doit se limiter à réagir au dépôt de plaintes ou de demandes de clémence, si le travail de surveillance sur le terrain n'est pas accompli, notamment parce que des acteurs clés des donneurs d'ouvrage sont de connivence avec les entreprises, les cartels demeureront largement impunis.

### **Absence d'incitatifs à dénoncer de la part des donneurs d'ouvrages publics**

Les infractions de concurrence sont parfois qualifiées de « crimes sans victime » (« *victimless crimes* »). Elles entraînent clairement un préjudice, mais l'entité qui en est dans la plupart des cas la victime directe est une personne morale, une entreprise ou une administration publique. Cette appellation n'est évidemment pas juste puisque, au final, ce sont les consommateurs ou les contribuables qui paieront la note. Elle met cependant utilement en lumière les défis additionnels que pose la détection de ce type de crime: l'absence de victime individuelle subissant un préjudice suffisamment direct et concret pour trouver la motivation de se plaindre.

C'est ainsi que, même dans les cas où les représentants des donneurs d'ouvrages ne faisaient que soupçonner l'existence d'agissements illégaux de la part des entreprises, on peut penser que ces représentants avaient en fait très peu d'incitatifs à dénoncer la situation, ou à tout le moins à tenter de l'élucider, en questionnant directement les entreprises en cause. Il est difficile de voir en effet quelle gratification personnelle ces représentants auraient pu soutirer d'une telle démarche. Au contraire, les désavantages de celle-ci, du strict point de vue de l'employé public, nous semblent plus évidents. On peut penser par exemple aux retards dans l'échéancier des travaux, causant eux-mêmes des désagréments additionnels pour les contribuables, qui auraient été occasionnés par une dénonciation ou par des discussions avec les entreprises pour tenter de mettre l'affaire au clair. Comme il a été mentionné lors des audiences, les donneurs d'ouvrages publics n'avaient souvent ni le temps, ni les moyens, ni les pouvoirs pour gérer à l'interne une situation de collusion soupçonnée<sup>26</sup>. En comparaison, il nous semble que l'intérêt de l'employé d'une entreprise privée, de dénoncer une situation potentiellement illégale dont serait victime l'entreprise qui l'embauche est peut-être un peu plus immédiat.

---

<sup>26</sup> Témoignage de M. Florent Gagné, ancien sous-ministre au MTQ (25 avril 2014, à la page 155).

Dans un autre cas de figure, enfin, celui où un employé de la fonction publique soupçonnerait certains de ses collègues ou supérieurs d'être de connivence avec les entreprises fautives, les incitatifs à dénoncer ne semblent pas non plus très évidents<sup>27</sup>. La *Loi sur la concurrence* contient des dispositions qui protègent l'anonymat des dénonciateurs de comportement illicite et qui interdisent à tout employeur d'adopter des mesures de représailles à l'endroit d'un employé qui, agissant de bonne foi et en se fondant sur des motifs raisonnables, s'adresse au Bureau de la concurrence pour lui communiquer des renseignements<sup>28</sup>. On peut se demander toutefois, nous semble-t-il, si ces dispositions sont fréquemment utilisées, quand l'employé ne tire aucun bénéfice de sa dénonciation (outre la satisfaction d'avoir répondu à son sens du devoir).

### **Fardeau de preuve et procédure en matières criminelles**

Il est manifeste également que le caractère criminel des sanctions prévues dans la *Loi sur la concurrence* pour participation à un complot ne simplifie pas le travail de détection et de répression des autorités canadiennes.

Au niveau de la détection premièrement, tel que déjà souligné, ces ententes sont par définition secrètes. Lorsque la preuve testimoniale n'est pas concluante, l'existence de ces ententes ne peut être difficilement démontrée, lorsque c'est possible de le faire, qu'au prix d'un examen fouillé des documents de l'entreprise et, bien souvent, des documents personnels de ses représentants. Or, compte tenu du caractère intrusif d'un tel examen, les tribunaux ont déterminé qu'une telle fouille ne pouvait être entreprise qu'avec l'obtention d'un mandat de perquisition, qui requiert des autorités de démontrer qu'elles ont des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise<sup>29</sup>. Dans bien des cas, des simples soupçons que les entreprises font de la collusion (parce que par exemple, elles semblent se partager les contrats ou pratiquent des écarts de prix qui soulèvent des questions) ne seront pas suffisants pour obtenir un mandat. Dès le stade de l'enquête, le travail des autorités est donc susceptible de se heurter à certains obstacles. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est parfois bien difficile pour les

---

<sup>27</sup> Il en va probablement de même dans le cas où l'employé d'une entreprise privée soupçonne des collègues ou supérieurs d'avoir participé à un cartel ou un truquage d'offres avec des représentants d'entreprises concurrentes.

<sup>28</sup> Voir les articles 66.1 et 66.2 de la *Loi sur la concurrence*.

<sup>29</sup> *Hunter c. Southam* [1984] 2 R.C.S. 145 (ci-après « *Hunter* »).

autorités de faire progresser leur enquête, si elles n'ont entre les mains que les soupçons rapportés par le donneur d'ouvrage.

Deuxièmement, au niveau de la preuve de l'infraction, les autorités doivent ensuite démontrer qu'il existe une véritable « entente » entre les parties (par opposition au concept plus large de « pratique concertée » qui est employé dans la majorité des juridictions européennes<sup>30</sup>). Elles doivent aussi colliger suffisamment de preuve pour établir l'existence de cette entente hors de tout doute raisonnable. La preuve colligée par le Bureau doit donc être très étoffée. Souvent, l'aveu d'une seule partie à l'entente ne suffit pas pour établir une preuve « hors de doute raisonnable ». Ce témoignage doit être corroboré, soit par de la preuve documentaire, soit par le témoignage d'une ou plusieurs autres parties à l'entente.

Tous ces facteurs alourdissent et allongent nécessairement les délais de l'enquête. Cette procédure est longue et monopolise beaucoup de ressources. Sans parler des délais judiciaires encourus suite au dépôt des accusations, qui prévalent dans toutes les affaires criminelles. L'examen chronologique des dossiers récents du Bureau de la concurrence dans le secteur de la construction en offre d'ailleurs parfois un portrait éloquent. On pense par exemple à l'affaire concernant un appel d'offres lancé par la Ville de Québec en 2004 pour la fourniture de composantes de feux de circulation routière. Dans cette affaire, deux entreprises ont été accusées de truquage d'offres en 2006 et l'une d'entre elles a plaidé coupable quatre ans plus tard<sup>31</sup>. La deuxième entreprise, par contre, a décidé de contester les accusations portées contre elle et s'est rendue à procès. Dans sa décision, le juge fut appelé à évaluer la crédibilité et le poids des déclarations faites au procès par des témoins du ministère public, des témoins qu'il a décrits comme « des gens honnêtes et de bonne foi à qui l'on a demandé de raconter avec précision des événements survenus il y a bientôt sept ans ». Face à des versions qualifiées de souvent « imprécises, parcellaires, confondantes, voire même contradictoires, sur certains aspects », compte tenu principalement de « l'effet du passage du temps », le juge a finalement acquitté l'entreprise qui s'était défendue, estimant qu'il subsistait un doute raisonnable quant à l'existence d'une entente entre les parties<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Voir notre discussion sur la notion de « pratique concertée » en droit européen au point 1.2.A de notre premier rapport.

<sup>31</sup> Voir le communiqué de presse mentionné à la note 1, *supra*, ainsi que le communiqué du 26 janvier 2010, « Plaidoyer de culpabilité dans une affaire de truquage des offres à Québec », disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03192.html>.

<sup>32</sup> Voir *R. c. Électroméga Limitée*, 2010 QCCS 2283 (CanLII) (Cour supérieure).

Les juridictions (notamment européennes) qui ont élaboré un régime civil (ou « non-criminel ») pour les infractions de concurrence n'ont pas une tâche aussi lourde. Les représentants de ces juridictions que nous avons rencontrés nous ont clairement affirmé qu'ils accordaient beaucoup de valeur à la flexibilité que leur accorde leur régime. L'examen des affaires dans les juridictions européennes démontre également que dans les juridictions où co-existent un volet civil et criminel, c'est clairement la voie civile qui est la plus utilisée.

Malgré tout, ce serait à notre avis une erreur de penser que le traitement civil des infractions de concurrence est une panacée. Ces infractions demeurent très difficiles à prouver même lorsque le fardeau de preuve est moins lourd. Rien ne permet d'ailleurs de penser que le caractère civil des régimes européens leur a permis de détecter et de condamner un nombre significativement plus élevé de cas de complots. Au final, quel que soit la nature du régime mis en place, ce sont les programmes d'immunité et de clémence qui ont permis aux autorités de concurrence de détecter et de faire la preuve de la majorité des cas de complots qu'ils ont examinés. Par l'entremise de ces programmes, les autorités ont normalement accès à une preuve substantielle qui facilite leur travail même dans un contexte criminel. L'expérience démontre également que dès qu'une entreprise dépose une demande d'immunité et fournit à l'autorité la totalité de la preuve dont elle dispose, la majorité des autres entreprises impliquées décident rapidement de collaborer à leur tour.

Il y a lieu de mentionner par ailleurs que le Bureau de la concurrence n'a jamais publiquement remis en cause, à notre connaissance, le caractère criminel des infractions de complot et de truquage d'offres, malgré les difficultés additionnelles de preuve et de procédure que ce régime entraîne. Le Bureau adopte, en cela, la même approche que celles des autorités américaines, qui ont toujours été persuadées que les sanctions pénales, et en particulier la perspective de peines d'emprisonnement pour les individus, demeurent une arme de dissuasion très efficace. Ces « apôtres » de l'approche criminelle font d'ailleurs remarquer que dans les juridictions européennes, ce sont les entreprises qui en bout de ligne payent les amendes, mais que les dirigeants et employés, qui dans les faits commettent l'infraction, ne sont jamais tenus de rendre personnellement compte de leur comportement envers la société.

Dans le même ordre d'idées, il est utile de rappeler que lors des discussions qui ont donné lieu aux amendements à la loi en 2009, le Bureau n'a pas non plus réclamé qu'une infraction civile de participation à un cartel soit ajoutée à la *Loi sur la concurrence* pour rendre plus efficace son action répressive. En comparaison, le Bureau a demandé que la loi soit modifiée pour permettre la condamnation automatique

(ou *per se*) des cas de cartels, et non pas seulement ceux qui entraînaient une réduction « indue » de la concurrence, un élément additionnel exigé jusqu'alors et que le Bureau estimait être une entrave à son action répressive. Le législateur a été sensible aux commentaires du Bureau et a amendé la Loi en conséquence, pour permettre l'interdiction criminelle automatique des cas de cartels. Par ailleurs, aux termes des amendements apportés, un volet civil a aussi été ajouté. L'objectif de cet amendement est toutefois de pouvoir intervenir à l'encontre de certaines formes de collaboration entre entreprises qui dans certaines circonstances peuvent être nuisibles à la concurrence, mais qui n'équivalent pas à des cas classiques de cartel<sup>33</sup>. Pour ce qui est de cas plus lourds, par contre, tels les ententes pour fixer les prix et le truquage d'offres, le régime criminel continue d'être appliqué. Il semble donc que le Bureau considère que les difficultés additionnelles de preuve et de procédure qu'entraîne le caractère criminel de notre régime est en quelque sorte le juste prix à payer pour souligner la gravité de ces comportements.

Au final, compte tenu du caractère strictement confidentiel des enquêtes du Bureau de la concurrence, seul le témoignage des représentants du Bureau pourrait nous permettre d'évaluer de manière précise à quel point la nature criminelle du régime a été en l'espèce un handicap à l'action du Bureau. À notre avis, même s'il s'agit incontestablement d'un élément qui rend plus difficile la tâche du Bureau, nous ne pensons pas que cet aspect a eu un impact majeur sur le nombre d'affaires détectées et portées devant les tribunaux.

## **Conclusion**

Le Canada fait figure de bon élève parmi les juridictions occidentales de concurrence. La participation à un complot ou à un truquage d'offres y est frappée d'une interdiction pénale qui s'applique tant aux entreprises qu'aux individus. Les sanctions qui peuvent potentiellement être imposées sont également sévères. Le pays s'inscrit donc totalement dans la mouvance internationale qui préconise la criminalisation des infractions de concurrence.

Ce choix législatif d'emprunter la voie pénale a évidemment un prix: une procédure et un fardeau de preuve plus lourds qui rendent plus difficile le travail de détection et de répression des autorités. C'est un prix que les autorités ont toutefois apparemment

---

<sup>33</sup> Par exemple, des ententes de coproduction, des ententes d'achats groupés, ou des ententes visant la recherche et le développement conjoints.

convenu de payer puisqu'elles sont convaincues que la menace de la sanction pénale est une arme de dissuasion très efficace.

Les témoignages entendus dans le cadre des audiences de la Commission ont toutefois permis de mettre en lumière, à notre avis, les limites d'un tel régime, et en particulier son potentiel dissuasif, lorsque les autorités chargées de faire respecter les règles de concurrence et de manière plus générale l'intégrité du processus d'appel d'offres, ont une présence réduite sur le terrain. Ce manque de travail de surveillance en amont, jumelé dans certains cas, soit aux manques de ressources ou d'incitatifs des donneurs d'ouvrages pour tenter de réagir à une situation jugée problématique, soit à la complicité de certains représentants de ces donneurs d'ouvrages, a rendu plus difficile encore la détection du comportement illicite, et a permis à une culture d'impunité et d'indifférence face au respect des règles de s'implanter.

2. *La création d'une institution québécoise de la concurrence serait-elle une bonne avenue pour améliorer la détection et la sanction des pratiques anticoncurrentielles dans l'octroi des contrats publics de construction? Si oui, compte tenu de la marge de manoeuvre constitutionnelle identifiée par une étude externe obtenue par la Commission, à quoi cette institution pourrait-elle ressembler? L'expérience de certaines directions régionales de la concurrence française pourrait-elle être utile pour nos fins?*

### **Remarques préliminaires**

Au vu des lacunes identifiées précédemment, la question se pose de savoir si la création d'une institution québécoise de la concurrence permettrait d'améliorer le bilan de notre régime réglementaire, en termes de détection et de sanction des comportements anticoncurrentiels. Pour répondre à cette question, il importe dans un premier temps de définir ce que l'on entend par les termes « institution de concurrence ».

Au sens strict du terme, le mandat d'une agence de concurrence est généralement très vaste. C'est le cas du Bureau de la concurrence, par exemple, ainsi que de toutes les autres agences de concurrence que nous avons examinées dans notre premier rapport, comme la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, le *Bundeskartellamt* allemand ou l'Autorité française de la concurrence. Ces agences ont en effet comme mission d'être les gardiennes, en quelque sorte, des principes de libre marché sur lesquels repose notre économie. Dans le cadre de cette mission, elles ont donc généralement comme mandat d'intervenir, dans tous les secteurs de l'économie qui ne sont pas réglementés, toutes les fois où les entreprises érigent, par leurs pratiques ou comportement, des barrières artificielles au bon fonctionnement de ce libre marché.

Pour les fins de ce rapport, nous tenterons tout d'abord d'identifier les enjeux pratiques et juridiques que soulèverait la création d'une agence qui aurait un mandat aussi vaste, sur le plan provincial. Nous examinerons ensuite, en réponse à la troisième question, l'opportunité de créer une agence dont le mandat serait plus restreint. Enfin, nous traiterons également de l'expérience des directions régionales françaises, qui ne sont

pas des agences de concurrence au sens strict du terme, en réponse à la troisième question.

Nous avons également noté que dans l'étude qu'ils ont déposée auprès de la Commission<sup>34</sup>, les professeurs Gaudreault-DesBiens et Leclair concluent que le législateur provincial dispose d'une réelle marge de manoeuvre pour lutter contre la collusion. Ils indiquent que bien que le Parlement fédéral se soit vu attribuer, sous l'empire de son pouvoir de réglementer les échanges et le commerce, une vaste compétence en matière de concurrence, la Cour suprême a elle-même rappelé que la concurrence ne constitue pas un seul et même sujet et que les provinces peuvent aussi traiter de concurrence dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs, notamment au chapitre de leur compétence en matière de propriété et de droits civils.

Nous ne proposons pas de faire ici la synthèse de l'étude présentée par ces spécialistes du droit constitutionnel canadien, ou de passer en revue les différents paramètres que devrait satisfaire une éventuelle intervention législative de l'État québécois en matière de concurrence, pour que celle-ci soit jugée conforme aux principes régissant le partage des compétences au regard de notre constitution. Ce sujet dépasse en effet largement notre domaine d'expertise. Les observations qui suivent sont donc présentées en tenant pour acquis, pour les fins de l'exercice, que la création d'une agence québécoise de concurrence, au sens strict du terme, serait jugée valide d'un point de vue constitutionnel.

### **Un renforcement évident du rôle de surveillance de l'État**

Sur le plan de l'impact d'une telle initiative auprès des justiciables, nous pensons que la création d'une institution québécoise de la concurrence constituerait sûrement une mesure de poids. Elle permettrait de renforcer la fonction de surveillance des autorités publiques à l'égard des problèmes de truquage d'offres dans l'industrie de la construction et d'inculquer de manière plus prononcée au sein des entreprises du secteur une culture de conformité avec les règles de concurrence.

Certes, la mise sur pied d'une telle institution n'entraînerait probablement pas d'« amélioration », du point de vue de leur sévérité, des sanctions pour pratiques

---

<sup>34</sup> Jean-Francois Gaudreault-Desbiens et Jean Leclair, « Étude générale de la latitude constitutionnelle des provinces, au regard du partage des compétences législatives, en matière de réglementation de la collusion et de la corruption », juin 2013 (ci-après « *Gaudreault-Desbiens et Leclair* »).

anticoncurrentielles. En effet, on voit difficilement en quoi les sanctions d'un éventuel régime québécois de la concurrence pourraient être plus sévères que ce que prévoit le régime maintenant en vigueur, étant donné que les sanctions actuelles sont déjà de nature criminelle et qu'elles se classent déjà, sur papier du moins, parmi les plus sévères au monde. La création d'une agence québécoise n'aurait aussi aucun impact, bien entendu, sur le caractère difficilement détectable des pratiques anticoncurrentielles.

Nous pensons cependant que l'instauration d'un régime québécois de concurrence pourrait faciliter le renforcement des activités de surveillance de nos pouvoirs publics et, du coup, influencer favorablement les capacités de détection du régime. L'agence québécoise, en effet, aurait pour mission de se concentrer exclusivement sur l'activité économique québécoise, ce qui lui permettrait d'avoir une action plus ciblée. Par définition, cette institution serait située géographiquement plus près du terrain et des marchés affectés qui, en ce qui concerne à tout le moins le secteur de la construction, ont généralement un caractère régional. Elle serait donc plus « visible », tant auprès des victimes potentielles des pratiques anticoncurrentielles que des entreprises susceptibles de les adopter. On peut aussi supposer que les canaux de communication entre les donneurs d'ouvrage publics et l'agence québécoise de surveillance seraient plus faciles à maintenir et à entretenir qu'avec une agence fédérale. En somme, la mise sur pied d'un régime québécois de concurrence constituerait un signal fort lancé aux acteurs économiques, sur la volonté des pouvoirs publics de réprimer les agissements anticoncurrentiels. À elle seule, une telle action aurait sans doute un caractère dissuasif.

### **Dédoublage des compétences en matière d'examen**

Malgré ces avantages, nous pensons qu'une telle initiative soulèverait par contre des enjeux juridiques et pratiques importants qu'il est utile de mentionner.

Dans un premier temps, elle donnerait lieu à un véritable dédoublement du régime d'interdiction visant à sanctionner d'éventuelles pratiques illicites des entreprises québécoises. En effet, le même comportement anticoncurrentiel (qu'il s'agisse par exemple d'ententes pour fixer les prix ou de truquage d'offres), s'il avait lieu au Québec, tomberait sous la juridiction concomitante des régimes fédéral et québécois et pourrait donc être examiné et sanctionné tant par le Bureau de la concurrence que par la nouvelle agence québécoise.

Cette situation serait inédite parmi les juridictions occidentales à structure fédérale que nous avons eu l'occasion d'examiner. Plusieurs de ces pays, en effet, pour faire co-exister de manière efficace et cohérente la juridiction du gouvernement central en matière de lutte contre les agissements anticoncurrentiels et celle des entités fédérées, ont élaboré de manière formelle un partage relativement clair des compétences respectives de chaque pallier de gouvernement. Dans la plupart des cas, ce partage est fonction de l'impact du comportement anticoncurrentiel sous enquête. Ainsi, l'entité régionale (ou fédérée) est compétente lorsque l'impact du comportement anticoncurrentiel est limité au territoire de la région. Par contre, c'est l'entité centrale (ou fédérale) qui est compétente, lorsque l'impact du comportement déborde les limites du territoire régional. C'est le cas, par exemple, en Allemagne et aux États-Unis. Or un tel partage de compétence serait impossible, formellement du moins ou en l'absence d'une éventuelle entente administrative, au vu du libellé actuel de la *Loi sur la concurrence*. Il est clair en effet que même si un régime québécois de la concurrence était créé, la loi fédérale continuerait d'être entièrement applicable, nonobstant le caractère local du comportement anticoncurrentiel sous enquête: le Bureau de la concurrence aurait clairement compétence pour examiner des cartels strictement régionaux exécutés au Québec. Ce serait notamment le cas en ce qui concerne la très grande majorité des ententes illicites dans le secteur de la construction, dont les impacts ont souvent une portée territoriale plus limitée.

Par ailleurs, dans les juridictions à structure fédérale qui n'ont pas prévu de partage de compétence aussi étanche, il existe souvent en revanche une hiérarchie claire entre les différents ordres de gouvernement, qui permet de résoudre les cas de conflits. Dans l'Union européenne, par exemple, le droit européen ne s'applique que si le comportement anticoncurrentiel a un impact appréciable sur le commerce entre États membres. Il est généralement appliqué par la Commission européenne. Les agences de concurrence nationales, pour leur part, sont compétentes pour appliquer tant les règles de leur droit national (qui ne valent qu'à l'intérieur de leurs frontières), que celles du droit de l'Union. Cependant, en vertu des règles du droit communautaire, l'ouverture d'une enquête par la Commission européenne sur un comportement donné a pour effet de purger les agences nationales de toute compétence pour examiner davantage le comportement reproché. La juridiction de la Commission européenne a donc clairement préséance sur celle des États membres.

## **Dédoublage des sanctions pour agissements anticoncurrentiels**

Cette duplication des instances réglementaires sur deux paliers de gouvernement aurait aussi pour effet, il va sans dire, d'assujettir potentiellement les comportements anticoncurrentiels adoptés au Québec à une double sanction. En effet, dans la mesure où un nouveau régime québécois de la concurrence viendrait sanctionner ces comportements par l'imposition de sanctions pénales (ou à tout le moins administratives), le même comportement, s'il était adopté au Québec, pourrait faire l'objet tant de sanctions criminelles en vertu de la *Loi sur la concurrence*, que de sanctions pénales (ou administratives) en vertu du régime québécois.

Cette situation, il est vrai, ne serait pas sans précédent. En vertu de la *Loi sur la concurrence*, par exemple, certains comportements commerciaux interdits (notamment en matière de publicité trompeuse) sont visés à la fois par des dispositions criminelles et par des dispositions civiles. Elles peuvent donc donner lieu soit à des sanctions criminelles (amendes et/ou peines d'emprisonnement), soit à des sanctions administratives (ordonnance d'interdiction ou imposition de sanctions pécuniaires administratives)<sup>35</sup>. Dans ce cas cependant, c'est la même autorité (en l'occurrence le Bureau de la concurrence) qui administre les deux dispositions et c'est le Bureau qui décide du type de procédure à prendre pour sanctionner le comportement reproché. Ce dernier ne peut faire l'objet de procédure en vertu des deux types de dispositions à la fois<sup>36</sup>.

Il existe par ailleurs de nombreux cas où des normes édictées par une loi fédérale sont dupliquées au niveau provincial (et donc, par définition, administrées par deux institutions différentes). Pour demeurer dans la sphère du droit de la concurrence, on peut donner en exemple l'interdiction de faire des représentations fausses ou trompeuses pour promouvoir la vente d'un produit (qui peut être constitutive d'une infraction criminelle en vertu de la *Loi sur la concurrence*<sup>37</sup> ou d'une infraction pénale en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>38</sup>) ou l'interdiction de donner des indications fausses sur une réduction de prix (qui peut donner lieu à des sanctions pénales en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur* ou à des sanctions pécuniaires administratives en vertu de la *Loi sur la concurrence*<sup>39</sup>).

Bien qu'elle ne serait pas inédite, cette situation risquerait quand même de soulever certaines questions d'articulation entre les deux régimes. Les professeurs Gaudreault-

---

<sup>35</sup> Articles 52 et 74.1 de la *Loi sur la concurrence*.

<sup>36</sup> Articles 52(7) et 74.16 de la *Loi sur la concurrence*.

<sup>37</sup> Article 52 de la *Loi sur la concurrence*.

<sup>38</sup> Articles 219 et 277 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

<sup>39</sup> Articles 74.04 et 74.1 de la *Loi sur la concurrence*.

Desbiens et Leclair, par exemple, indiquent dans leur rapport que « si deux lois valides relatives à la concurrence, l'une fédérale et l'autre provinciale, prévoient des infractions pénales de même nature, il est fort probable qu'un accusé sera en mesure d'invoquer l'alinéa 11)h) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour échapper à une double incrimination »<sup>40</sup>. En matière d'application des programmes d'immunité également, la duplication des régimes réglementaires pourrait aussi créer quelques frictions. On peut imaginer en effet que dans l'hypothèse où une agence québécoise de concurrence était créée, il serait fort utile pour cette dernière de se doter, comme le font toutes les autres agences de concurrence, d'un programme d'immunité, comme outil privilégié de détection des cartels. Or, peu d'entreprises, nous semble-t-il, seraient intéressées à demander l'immunité en vertu du programme québécois, sans obtenir l'assurance au préalable de ne pas faire l'objet par la suite de poursuites criminelles par le procureur général du Canada en vertu de la *Loi sur la concurrence* (ou vice-versa).

En somme, même si elle était juridiquement possible, la co-existence des deux régimes ne pourrait bien fonctionner en pratique que moyennant un degré constant et très élevé de coopération sur le plan administratif entre le Bureau de la concurrence et l'agence québécoise.

### **Un mandat très large monopolisant beaucoup de ressources**

Au-delà des enjeux juridiques soulevés, on doit également tenir compte, nous semble-t-il, de l'impact qu'aurait une telle initiative sur le plan des ressources nécessaires à sa réalisation. En effet, si l'objectif était de créer une véritable agence québécoise de concurrence en bonne et due forme, dont le mandat serait comparable à celui du Bureau de la concurrence ou des autres grandes agences occidentales, les ressources requises seraient très importantes.

Ainsi, il faudrait en toute logique que le mandat de l'agence s'étende à toutes les industries, car aucun secteur de l'économie n'est immunisé contre les problèmes de concurrence. De même, pour que ce mandat corresponde à celui des autres grandes agences de concurrence, il faudrait aussi l'étendre à tous les types de comportement commercial susceptibles de créer des entraves à l'établissement d'un libre marché, incluant non seulement les complots entre entreprises pour fixer les prix ou le truquage

---

<sup>40</sup> *Gaudeault-Desbiens et Leclair, supra note 34, à la page 37.*

d'offres, mais également (pour ne citer que quelques exemples) les cas d'abus de position dominante<sup>41</sup> ou de fusions d'entreprises anticoncurrentielles<sup>42</sup>.

Il résulte de ce qui précède que dans l'hypothèse où l'agence proposée aurait comme mission d'être la gardienne du libre marché sur le territoire québécois, à l'instar de ce que font les autres agences de concurrence dans leur territoire respectif, il faudrait que le mandat de cette agence soit très large, pour que son action soit efficace et cohérente. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si une telle initiative constituerait une réponse mesurée aux types de problèmes sur lesquels la Commission a fait la lumière.

---

<sup>41</sup> Un abus de position dominante peut être constaté lorsque qu'une entreprise en situation de monopole ou de quasi-monopole, agissant seule, adopte certaines pratiques ayant pour objet d'exclure du marché des concurrents actuels ou potentiels. Voir les articles 78 et 79 de la *Loi sur la concurrence*.

<sup>42</sup> Une fusion (ou acquisition) d'entreprise peut être déclarée anticoncurrentielle lorsqu'elle permet à l'entreprise résultant de la fusion (ou de l'acquisition) de contrôler le marché. Voir les articles 91 et 92 de la *Loi sur la concurrence*.

3. *Existe-t-il des mesures mitoyennes qui pourraient ou devraient être envisagées entre la situation actuelle et la création d'une telle institution? Si oui, lesquelles?*

### **Un surveillant de l'intégrité des appels d'offres publics**

Plutôt que de prévoir la création d'un régime québécois de concurrence, et d'une institution qui le chapeaute, qui viendrait dupliquer la juridiction très large du Bureau de la concurrence, on pourrait envisager de prendre certaines mesures intermédiaires. La portée de ces mesures serait sans doute plus limitée, mais celles-ci seraient du même coup plus ciblées et serviraient précisément à combler les lacunes qui, à notre avis, expliquent probablement pour beaucoup les problèmes identifiés dans la première partie de notre rapport: un manque de surveillance sur le terrain des conditions de concurrence dans lesquelles les entreprises ont répondu aux appels d'offres des pouvoirs publics.

On pourrait ainsi prévoir la mise sur pied d'une agence dont le mandat serait restreint à la seule question des rapports contractuels entre l'État et les entreprises qui lui fournissent des produits ou des services, et dont l'une des missions serait de veiller à ce que les appels d'offres publics aient été conclus en l'absence de concertation ou d'ententes illicites préalables entre entreprises sur le contenu des soumissions déposées. Cette agence serait donc en quelque sorte la gardienne de l'intégrité des rapports contractuels entre l'État et les entreprises transigeant avec lui, et son rôle de surveillance en matière de concurrence pourrait être complémentaire à celui exercé à l'égard d'autres types de comportements illicites pouvant entacher cette intégrité, telles les tentatives de corruption des agents de l'État. Vu sous cet angle, l'intérêt que porterait l'agence sur les questions de concurrence serait motivé non pas par des préoccupations d'ordre macro-économique ou de protection au sens large des fondements de l'économie libérale, comme c'est le cas pour le Bureau de la concurrence, mais plus simplement par le souci de s'assurer que le consentement donné par les pouvoirs publics à l'établissement de rapports contractuels n'ait pas été vicié ou dupé par l'existence de manoeuvres illicites entre soumissionnaires.

L'agence ainsi constituée pourrait avoir un rôle proactif de surveillance des marchés dans lesquels les appels d'offres des pouvoirs publics sont octroyés. Tel que discuté

dans la première partie de notre rapport, il s'agit d'un rôle que le Bureau de la concurrence ne remplit pas. À ce titre, l'agence pourrait exécuter un certain nombre d'activités de terrain. Elle pourrait ainsi procéder à des vérifications aléatoires ou systématiques du résultat des appels d'offres, analyser les caractéristiques du marché et le nombre de joueurs actuels ou potentiels, vérifier les soumissions déposées afin de déterminer dans quelle mesure elles pourraient trahir un schéma récurrent de répartition du marché entre les joueurs et, plus généralement, tenter de déceler tout indice de comportement collusoire adopté par les entreprises. L'agence viendrait donc en quelque sorte épauler et superviser le travail des donneurs publics d'ouvrage et en particulier les plus petites municipalités qui n'ont pas les ressources pour procéder à ce genre de surveillance.

Au terme de ces examens et analyses, l'agence pourrait également servir, en cas de soupçon (voire de constat) d'irrégularité, de courroie de transmission au Bureau de la concurrence de l'information recueillie, afin de permettre à ce dernier, le cas échéant, d'examiner l'affaire en vertu de ses propres pouvoirs d'enquêtes. L'agence serait ainsi appelée à jouer un rôle de chien de garde du respect par les entreprises des obligations qui leur incombent en vertu de la *Loi sur la concurrence* en matière de truquage d'offres, à devenir en d'autres termes les « yeux et oreilles » sur le terrain du Bureau de la concurrence. L'action de l'agence viendrait ainsi compléter le travail du Bureau, par le déploiement de mesures de surveillance plus proactives que ce qui existe dans les faits en vertu du régime actuel. Compte tenu du caractère secret et difficilement détectable des ententes de truquage d'offres, une telle initiative ne pourrait certainement pas constituer une panacée qui permettrait de résoudre tous les problèmes et de détecter tous les complots. Elle aurait toutefois le mérite de signaler aux entreprises l'intention de l'État de les observer de plus près. Telle l'installation d'un photo-radar sur le bord d'une autoroute, cet ajout d'un chien de garde permettrait d'adresser aux entreprises du secteur le message clair qu'elles feront désormais l'objet d'une surveillance serrée, ce qui en soi constituerait probablement une mesure de dissuasion efficace.

### **Coopération avec le Bureau de la concurrence**

Il existe un parallèle à faire entre les mesures proposées et la conclusion très récente d'ententes administratives entre le Bureau de la concurrence et d'autres agences publiques, tant fédérales que provinciales, qui sont venues formaliser des rapports de coopération comparables.

## *Coopération avec TPSGC*

En mai 2013, par exemple, le Bureau de la concurrence a conclu un protocole d'entente avec le Ministère fédéral des travaux publics et des services gouvernementaux (« TPSGC »), la principale agence responsable des approvisionnements et des opérations immobilières du gouvernement fédéral<sup>43</sup>. Ce protocole fixe les paramètres d'une relation de coopération très souple entre les deux agences, dans l'exercice et le respect de leurs compétences et pouvoirs respectifs. Il prévoit ainsi notamment que « lorsque TPSGC constate qu'il pourrait y avoir des activités collusoires dans le cadre d'un processus d'approvisionnement ou d'opérations immobilières relevant de sa responsabilité », TPSGC en informe le Bureau dans les meilleurs délais<sup>44</sup>. Inversement, lorsque le Bureau est informé d'un cas possible d'activité collusoire dans le cadre d'un processus d'approvisionnement ou d'opérations immobilières relevant de TPSGC, le Bureau informe ce dernier dès que possible, une fois qu'il a déterminé que la situation soulève des préoccupations importantes au regard de la *Loi sur la concurrence*<sup>45</sup>. L'accord prévoit également le partage mutuel de renseignements et de ressources entre les agences afin d'accroître l'efficacité de leurs activités de lutte contre les agissements anticoncurrentiels<sup>46</sup>.

## *Coopération avec le Market Surveillance Administrator de l'Alberta*

Un accord de coopération comparable existe par ailleurs entre le Bureau de la concurrence et le Market Surveillance Administrator of Alberta (« MSA »), une agence du gouvernement de l'Alberta responsable de promouvoir et de protéger le fonctionnement équitable, efficace et concurrentiel des marchés en gros de la vente d'électricité et des marchés de détail de la vente d'électricité et de gas naturel en Alberta, des marchés réglementés<sup>47</sup>. Le MSA a notamment comme rôle de surveiller le

---

<sup>43</sup> Voir le communiqué de presse du Bureau de la concurrence du 9 septembre 2013 intitulé « Le Bureau de la concurrence et Travaux publics et Services gouvernementaux Canada joignent leurs forces pour contribuer à empêcher les activités de collusion ». Le texte du protocole est disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03603.html>.

<sup>44</sup> Point 4 g) du Protocole.

<sup>45</sup> Point 4 b) du Protocole.

<sup>46</sup> Voir notamment le point 6 du Protocole.

<sup>47</sup> Voir le communiqué de presse du Bureau de la concurrence du 3 mars 2014, intitulé « Communication accrue entre le Bureau de la concurrence et l'administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta ». Le texte de l'accord est disponible au <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03672.html>.

comportement des différents acteurs présents sur ces marchés, de faire enquête à leur égard, et de faire appliquer les différentes lois de cette province qui régissent la production et la distribution de l'électricité et du gaz naturel en Alberta. L'accord a été signé tout récemment, en février 2014. En vertu de celui-ci, les parties se sont notamment entendues pour s'aviser mutuellement de toute situation qui pourrait intéresser et tomber sous la juridiction de l'autre partie, de mener conjointement (lorsque l'occasion s'y prête) des activités d'enquête et d'application, de partager des informations et des renseignements en matière de méthode d'enquête, de collaborer relativement à la formation et au développement de leur personnel, et d'entreprendre conjointement des activités d'éducation et de sensibilisation.

### *Exemple des directions régionales françaises de la concurrence*

Sur la scène étrangère, l'un des exemples de collaboration fructueuse entre agences étatiques en matière de surveillance et d'application des règles de concurrence est celui qui existe entre l'Autorité française de la concurrence (l'équivalent de notre Bureau de la concurrence), basée à Paris, et la vingtaine de Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (les « DIRECCTE »), qui sont réparties à travers le territoire français.

Les DIRECCTE, qui sont chapeautées par une administration centrale qui siège en Île-de-France (la « DGCCRF »<sup>48</sup>), ont comme fonction de s'assurer au niveau régional du respect par les entreprises de leurs obligations légales, principalement dans les domaines de la concurrence, de la protection des consommateurs et de la sécurité des consommateurs. En ce qui concerne la concurrence, chacune des 22 DIRECCTE emploie des agents dont la mission est de surveiller les marchés au niveau local et de détecter toute pratique des entreprises qui pourrait être contraire aux règles du droit de la concurrence français ou communautaire. Lorsqu'une pratique illicite est soupçonnée, un dossier est monté puis est transmis à la DGCCRF qui tentera à son tour de convaincre le rapporteur de l'Autorité de la concurrence, sur la base de la gravité et de la concordance des indices recueillis, d'ouvrir une enquête sur le comportement en cause. Si l'Autorité décide de ne pas se saisir du dossier, les agents de la DGCCRF et de la DIRECCTE concernée peuvent alors procéder à leurs propres investigations, en utilisant les pouvoirs d'enquête contraignants que leur reconnaît la loi française (qui sont les mêmes que ceux que l'Autorité pourrait employer si elle s'était saisie elle-

---

<sup>48</sup> Pour Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

même du dossier)<sup>49</sup>. À la fin de l'enquête des services de la DGCCRF, le rapporteur de l'Autorité reçoit copie du rapport d'enquête et peut de nouveau décider de saisir l'Autorité du dossier, pour qu'elle y donne suite. Comme on peut le constater, ce système est destiné à aiguiller vers l'Autorité centrale à Paris les dossiers de pratiques anticoncurrentielles d'origine régionale qui autrement (sauf en cas de dénonciation ou de demande de clémence) ne seraient peut-être pas parvenus à la connaissance de celle-ci, puisqu'elle n'a pas de présence en région. Les agents de chaque DIRECCTE jouent donc en quelque sorte un rôle d'éclaireurs, et ils sont appelés à « nourrir » l'autorité centrale de dossiers à portée plus locale.

Les techniques employées par les agents des DIRECCTE dans le cadre de leur mission de détection sont de natures diverses<sup>50</sup>. Ils recensent par exemple l'ensemble des appels d'offres lancés dans la région, en consultant les registres sur lesquels ceux-ci doivent être annoncés. Ceci leur permet de cibler certains secteurs qu'ils ont décidé de regarder de plus près. Ils peuvent ensuite assister aux délibérations des Commissions d'Appel d'Offres françaises, qui examinent les candidatures et les offres en cas d'appels d'offres et qui décident de l'attribution des marchés. Ils ont donc la possibilité de rencontrer (et de questionner) les élus et, plus généralement, tous ceux qui sont en contact direct avec les entreprises soumissionnaires. Alternativement, ils peuvent demander de consulter les documents déposés par les entreprises soumissionnaires, de même que le tableau d'analyse des offres préparé par le donneur d'ouvrage, ainsi que les documents traitant des différents éléments sur lesquels se fonde la décision d'attribution. Ils ont en outre la possibilité de rencontrer les techniciens qui ont bâti les différents dossiers d'appels d'offres, répondu aux questions et demandes de précision des entreprises, et supervisé le cheminement du dossier.

Les agents procèdent ensuite à un examen minutieux du résultat des appels d'offres, vérifient notamment les écarts de prix entre soumissionnaires, ou les écarts entre l'estimation des coûts des travaux et les prix offerts. Dans les dossiers qui sembleraient problématiques, ils peuvent ensuite procéder à une analyse historique des contrats publics accordés dans un secteur donné, observer par exemple l'évolution des prix ou la stabilité des parts de marché entre les entreprises qui soumissionnent régulièrement. Le tout, bien évidemment, dans le but de déceler tout indice d'une répartition de marché planifiée entre les entreprises.

---

<sup>49</sup> Voir notre discussion à cet égard au point 1.3.B de notre premier rapport.

<sup>50</sup> L'information qui suit a été obtenue dans le cadre de notre rencontre avec le Directeur du service « Concurrence, consommation et répression des fraudes » de la DIRECCTE de Haute-Normandie.

Ce véritable travail de moine accompli par les agents des DIRECCTE semble avoir porté fruit. Tel que mentionné dans notre premier rapport, le droit français de la concurrence semble particulièrement efficace dans la détection de « petits cartels » à caractère local, dont plusieurs concernent des affaires de truquages d'offres dans l'industrie de la construction. Ce bilan est d'autant plus impressionnant que dans la presque totalité de ces affaires, celles-ci n'ont pas été portées à l'attention des pouvoirs publics par le biais d'une demande de clémence. Il s'agit donc de cartels que les autorités ont su démasquer de leur propre chef, sans l'aide d'un délateur. Cette situation est en grande partie attribuable au travail de terrain effectué par les DIRECCTE. L'Autorité de concurrence centrale basée à Paris peut ainsi consacrer la majeure partie de ses effectifs d'enquête au traitement de dossiers qui concernent de grands cartels nationaux ou internationaux, ou ceux qui sont générés par des demandes de clémence. Les cartels plus régionaux ou locaux lui sont référés par les services décentralisés de la DGCCRF et ses 22 DIRECCTE régionales. Les représentants de cette Autorité centrale que nous avons rencontrés ont d'ailleurs souligné que le travail de surveillance locale effectué par les DIRECCTE leur était indispensable.

## **Pouvoirs contraignants**

### *Demande de renseignements et production de documents*

Pour renforcer le rôle de surveillance de l'agence, on pourrait aussi examiner l'opportunité de lui octroyer certains pouvoirs d'inspection contraignants. À titre d'exemple, l'agence pourrait avoir le pouvoir de contraindre des individus ou entreprises à lui fournir certains documents, pour lui permettre de mener à bien son rôle de surveillance, comme par exemple certains documents internes de l'entreprise ayant servi à préparer sa soumission. Elle pourrait aussi avoir le pouvoir d'obliger les entreprises soumissionnaires ou des tiers à lui fournir des renseignements ou des éclaircissements, pour lui permettre de clarifier une situation jugée potentiellement problématique. De tels pouvoirs contraignants existent notamment en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*.

Il est à noter toutefois que dans l'éventualité où les renseignements ou déclarations ainsi obtenus seraient ensuite transmis au Bureau de la concurrence, ceux-ci ne pourraient pas être utilisés pour incriminer la personne les ayant fournis, dans

d'éventuelles procédures criminelles intentées contre elle, en application des articles 7 et 13 de la *Charte canadiennes des droits et libertés*<sup>51</sup>.

### *Perquisitions et saisies*

L'un des pouvoirs les plus importants, sans doute, dont l'agence pourrait aussi être munie, serait celui de pouvoir entrer dans les locaux d'une entreprise pour y examiner et éventuellement saisir tout document pertinent se rapportant à l'appel d'offres sous étude. En matière de détection d'ententes secrètes, il s'agit d'un pouvoir d'enquête capital et toutes les agences de concurrence à travers le monde en sont dotées. Il va sans dire, en effet, que peu d'entreprises admettront par écrit, en réponse à des questions des pouvoirs publics, qu'elles se sont concertées en secret avec leurs rivales pour truquer le processus d'appel d'offres. Tel que discuté précédemment, ce type d'entente secrète, lorsqu'il laisse des traces matérielles, ne se détecte difficilement qu'au terme d'un examen au peigne fin d'une foule de documents au caractère souvent bien anodin, tels que des notes inscrites dans des agendas personnels ou des commentaires dans un courriel. Généralement, seuls des pouvoirs de perquisition et de saisie permettent de mettre la main sur ce type de preuve, lorsqu'elle existe.

Cette question soulève évidemment l'épineux problème de l'application de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui protège les individus et personnes morales contre les saisies abusives de l'État (ou en d'autres termes, celles qui portent atteinte à leur expectative raisonnable de vie privée). Dans l'affaire *Hunter c. Southam*<sup>52</sup>, la Cour suprême a jugé qu'en l'absence d'autorisation préalable, les perquisitions menées en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (la loi qui a précédé la *Loi sur la concurrence* actuelle) étaient abusives. La Cour a déterminé que pour satisfaire aux exigences de la Charte, les perquisitions devaient être autorisées au préalable par un tiers neutre et impartial capable d'agir de manière judiciaire, et que l'autorisation devait être donnée en vertu d'un critère objectif, à savoir l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la

---

<sup>51</sup> Voir notamment *Thompson, supra* note 20, *B.C. Securities Comm. c. Branch* [1995] 2. R.C.S. 3 et *R. c. Jarvis* [2002] 3 R.C.S. 757 (ci-après *Jarvis*). Dans le cadre son intervention devant la Commission, le représentant du Bureau de la concurrence a d'ailleurs mentionné que ces pouvoirs de contrainte étaient rarement utilisés en matière criminelle à l'encontre de représentants d'entreprises soupçonnées d'avoir participé à un cartel, puisqu'ils auraient pour effet de « sacrifier une cible » de l'enquête. Voir *Témoignage BCC, supra* note 10, à la page 209.

<sup>52</sup> *Supra* note 29.

perquisition<sup>53</sup>. La Cour a souligné que la simple conviction raisonnable des pouvoirs publics que la perquisition pourrait permettre de recueillir des éléments de preuve n'était pas suffisante, parce qu'elle validerait une intrusion de l'État commise par suite de simple soupçons<sup>54</sup>. La question se pose donc de savoir si une agence québécoise, dans le cadre de son travail de surveillance, serait soumise aux mêmes exigences.

Compte tenu des enjeux de Charte soulevés, cette question dépasse largement notre champ de compétence. Nous nous limiterons donc à formuler les deux observations suivantes.

D'une part, nous notons que dans de nombreux arrêts subséquents à l'affaire *Hunter*, la Cour suprême elle-même a tempéré l'application très stricts des critères retenus dans cet arrêt au regard de la Charte. La Cour a en effet établi une distinction entre les pouvoirs d'inspection des pouvoirs publics (ayant pour objet de vérifier, souvent de manière aléatoire, la mesure dans laquelle les justiciables se sont conformés à leurs obligations légales) et leurs pouvoirs d'enquête (qui ont pour but de déterminer si une infraction précise a été commise par un individu ou entreprise donnés)<sup>55</sup>. Elle a aussi jugé que la norme du caractère raisonnable applicable à des perquisitions en matière de droit criminel ne sera généralement pas appropriée dans un contexte purement réglementaire ou administratif<sup>56</sup>. Elle a ainsi statué, par exemple, que dans le cadre d'une activité commerciale réglementée par l'État, les entreprises avaient des attentes moins élevées de vie privée par rapport aux documents qu'elles sont tenues de garder en vertu de la réglementation qui régit leur industrie<sup>57</sup>. Elle a donc jugé valables et non abusives au regard de la Charte des perquisitions effectuées sans mandat préalable, lorsqu'elles se rapportaient à ce type de documents. Ce courant jurisprudentiel pourrait peut-être être invoqué pour soutenir la thèse que les pouvoirs d'inspection conférés à une éventuelle agence québécoise ne devraient pas être soumis à l'exigence d'une autorisation préalable, compte tenu du caractère purement administratif (ou non criminel) du contexte dans lequel ils seraient exercés.

Il reste malgré tout que pour espérer faire une inspection utile et potentiellement concluante, l'agence devra normalement examiner, pour les raisons mentionnées précédemment, un éventail très vaste de documents, qui vont bien au-delà de ce que les entreprises sont normalement obligées de tenir en vertu de la réglementation qui

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, aux pages 160 à 168 du jugement.

<sup>54</sup> *Ibid.*, à la p. 167.

<sup>55</sup> Voir notamment *Jarvis*, *supra* note 51, aux pages 797 et suivantes.

<sup>56</sup> Voir par exemple *Thompson*, *supra* note 20, à la p. 506.

<sup>57</sup> Voir notamment *Comité paritaire c. Potash* [1994] 2 R.C.S. 406, à la p. 420.

régit leur industrie. L'inspection pourrait donc avoir un caractère intrusif et du même coup porter possiblement atteinte aux attentes raisonnables de vie privée des justiciables, ce qui nécessiterait l'obtention d'une autorisation préalable.

À notre avis, cette question est importante car elle pourrait avoir un impact non négligeable sur l'étendue des capacités d'une éventuelle agence québécoise à détecter dans le chef des entreprises certains agissements secrets ayant porté atteinte à l'intégrité de leur rapports contractuels avec l'État. Tel que mentionné dans le cadre de notre rapport précédent, certaines agences européennes de concurrence, dont au premier chef la Commission européenne, ne sont pas tenues d'obtenir une autorisation préalable délivrée par un juge pour pouvoir perquisitionner les locaux des entreprises sur lesquelles portent leur enquête<sup>58</sup>. Cela leur confère sans doute une plus grande marge de manoeuvre dans l'exercice de leur rôle de surveillance. En ce sens, le fait que les autorités canadiennes de concurrence doivent prouver au préalable qu'elles ont des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise, alors même que cette infraction est en soi difficilement détectable, constitue sans doute un frein à leur capacité de faire toute la lumière sur une situation qu'elles jugent problématique.

## **Normes de comportement et pouvoirs de sanctions**

En plus de confier à l'agence un rôle de surveillance, une autre mesure à considérer serait d'édicter un certain nombre de normes comportementales visant à protéger l'intégrité du processus d'appel d'offres, dont notamment l'obligation pour les entreprises participant au marché public de ne pas faire de truquage d'offres. Ces normes seraient précisées dans le cadre même du régime législatif constituant l'agence, et celle-ci aurait le mandat de les faire respecter par la mise en place d'un régime de sanctions.

### *Normes comportementales*

---

<sup>58</sup> Voir notamment le point 1.2.B du rapport. La Commission européenne doit toutefois obtenir une autorisation judiciaire lorsqu'elle veut perquisitionner le domicile privé d'un particulier.

Sur le plan de la concurrence, la formulation de la norme comportementale promulguée pourrait s'inspirer de la définition du « truquage d'offres » que l'on retrouve dans la *Loi sur la concurrence*. Elle viendrait donc interdire les « ententes entre entreprises », soit pour s'abstenir de présenter une offre en réponse à un appel d'offres, soit pour retirer une offre déjà déposée, soit pour présenter des offres sur lesquelles les parties se sont entendues. La norme édictée en vertu du régime québécois pourrait également s'inspirer du modèle européen, en interdisant non seulement les « ententes » en bonne et due forme (c'est-à-dire l'existence d'une véritable rencontre de volonté entre les parties sur le comportement à adopter) mais également les « pratiques concertées », une notion plus large, définie comme une prise de contact directe ou indirecte entre entreprises qui, sans nécessairement déboucher sur un accord, a néanmoins pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent la ligne de conduite envisagée, dans l'expectative que celui-ci adoptera un comportement semblable. Ceci permettrait d'englober non seulement les ententes en bonne et due forme mais également les formes un peu plus souple de concertation, par lesquelles les entreprises compromettent sciemment l'indépendance de leur soumission. La notion de « pratique concertée » en droit européen est discutée plus en détail dans notre premier rapport<sup>59</sup>.

### *Sanctions civiles*

Les sanctions prononcées en cas de non-respect de cette norme pourraient être de nature civile (ou administrative). Nous pensons par exemple à la possibilité de prononcer l'annulation ou la nullité du contrat public conclu en violation de la norme comportementale<sup>60</sup>, ou l'inéligibilité des entreprises fautives à participer à d'autres appels d'offres publics pendant une période donnée.

### *Sanctions pécuniaires*

---

<sup>59</sup> Au point 1.2.A du rapport.

<sup>60</sup> L'adoption du comportement illicite constituerait d'ailleurs une violation de l'engagement de non-collusion que les entreprises sont couramment tenues de souscrire lorsqu'elles déposent leurs offres.

Finalement, afin de conférer au régime un caractère dissuasif encore plus important, des sanctions de nature pécuniaire pourraient également être envisagées. Celles-ci pourraient avoir un caractère pénal ou, alternativement, s'inspirer du modèle européen, qui inflige aux entreprises ayant adopté un comportement anticoncurrentiel des « amendes » de nature administrative. Ceci permettrait à l'agence québécoise de s'affranchir du carcan criminel auquel le Bureau de la concurrence est confronté.

Au cours de la dernière décennie, plusieurs régimes de sanctions pécuniaires administratives (ou « SPA ») ont été promulgués à travers le pays en vertu de lois de natures diverses. De telles sanctions sont notamment prévues, par exemple, dans la *Loi sur la concurrence*<sup>61</sup>, ainsi que dans la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec<sup>62</sup> et celle de l'Ontario<sup>63</sup>. Les sanctions maximales prévues en vertu de ces régimes sont souvent considérables<sup>64</sup>, ce qui renforce assurément leur caractère dissuasif malgré leur nature non-criminelle. Du point de vue des pouvoirs publics, l'intérêt évident de ces régimes est qu'ils leur permettent de sanctionner de manière pécuniaire l'adoption de comportements contraires aux normes édictées, sans pour autant devoir observer les règles de procédure et le fardeau de preuve plus lourd qu'impose le droit pénal. Compte tenu de la sévérité des sanctions pécuniaires en jeu, la validité constitutionnelle de ces régimes soulève encore de nombreux débats<sup>65</sup>. La Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur cette question.

---

<sup>61</sup> Par exemple, la *Loi sur la concurrence* accorde au Bureau de la concurrence le pouvoir de demander, par voie de requête au Tribunal de la concurrence, l'imposition de SPA aux entreprises dont le comportement serait jugé contraire à certaines dispositions civiles (ou non-criminelles) de la Loi en matière de publicité trompeuse ou d'abus de position dominante.

<sup>62</sup> Article 273.1.

<sup>63</sup> *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O 1990, Chapitre S.5, alinéa 127 (1) 9.

<sup>64</sup> En matière d'abus de position dominante, par exemple, il est fixé à 10 M\$ (comparativement à l'amende maximale de 25 M\$ prévue pour violation de l'article 45 de la loi en matière d'ententes anticoncurrentielles, une disposition criminelle). Dans la *Loi sur les valeurs mobilières* ontarienne, la sanction pécuniaire maximale est fixée à 1 M\$ par manquement; la loi québécoise équivalente prévoit pour sa part des sanctions maximales de 2 M\$.

<sup>65</sup> De nombreuses contestations judiciaires de la validité constitutionnelle de ces régimes ont été lancées au cours des dernières années. L'argument invoqué est que, malgré le caractère administratif des procédures dans lesquelles elles s'inscrivent, ces sanctions sont si considérables qu'elles ont en fait un caractère pénal. Comme les autorités publiques ne sont notamment pas tenues de faire une preuve hors de tout doute raisonnable pour les imposer, le prononcé de ces sanctions serait contraire à l'article 11 d) de la *Charte*, qui garantit à tout inculpé en matière pénale le droit à la présomption d'innocence. Jusqu'à présent, les régimes de SPA ont résisté aux contestations judiciaires qui les mettaient en cause. En 2012 par exemple, dans l'affaire *Rowan c. Ontario Securities Commission* (2012) 110 O.R. (3d) 492, qui concernait l'imposition de SPA totalisant près de 1.2 M\$ pour défaut de déposer une déclaration d'initié en matière de valeurs mobilières, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la validité constitutionnelle du régime de SPA prévu dans la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Se référant au jugement de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Wigglesworth* [1987] 2 R.C.S. 541, la Cour a jugé que des sanctions pécuniaires administratives ne devraient être considérées comme étant pénales, que si par leur importance, elles semblaient être imposées « dans

Notons que l'introduction de sanctions pécuniaires au sein du régime soulèverait de nouveau les enjeux juridiques et pratiques de dédoublement du régime fédéral, que nous avons relevés en réponse à la deuxième question. La duplication des régimes serait toutefois plus circonscrite, puisqu'elle se limiterait aux comportements anticoncurrentiels adoptés dans le cadre d'un marché public. Elle nécessiterait tout de même une volonté de coopération étroite entre les agences provinciale et fédérale, pour que leur régime respectif soit appliqué au Québec de manière efficace et cohérente.

## Conclusion

Les révélations faites devant la Commission nous interpellent. En particulier, le nombre apparemment important de complots anticoncurrentiels que notre régime de concurrence semble avoir été incapable de détecter et de réprimer nous force à réagir.

Face à cette situation, l'une des actions possibles serait de créer un régime provincial de concurrence d'application large, qui viendrait palier le manque de résultat du régime fédéral. Au-delà des enjeux constitutionnels soulevés, toutefois, une telle action ne pourrait être cohérente qu'en consacrant une quantité très importante de ressources, dont une bonne part ne servirait qu'à dupliquer ce qui existe déjà, y compris de nombreux aspects du régime fédéral qui ne présentent pas de déficiences apparentes (ou à tout le moins qui n'ont pas été mis en cause par les travaux de la Commission).

---

le but de réparer le tort causé à la société en général, plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée ». En l'espèce, la Cour a jugé que même s'il pouvait donner lieu à des sanctions pécuniaires élevées, le régime de SPA en cause était entièrement conforme au mandat de la Commission des valeurs mobilières de réglementer les marchés de capitaux, compte tenu des sommes d'argent énorme que ces marchés mettaient en cause, et du fait que des pénalités substantielles étaient requises pour faire disparaître tout incitatif économique à ne pas respecter les règles. De même, dans un jugement encore plus récent, dans l'affaire *Chatr*, la Cour supérieure de l'Ontario a reconnu la validité du régime de SAP institué en vertu de la *Loi sur la concurrence* en matière de publicité trompeuse, au regard de l'article 11 d) de la *Charte* (*The Commissioner of Competition c. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315 (CanLII)).

L'alternative serait de prendre des mesures plus ciblées, visant justement à combler les principales lacunes qui expliquent en bonne partie, nous semble-t-il, le bilan répressif décevant de nos autorités relativement à l'octroi de contrats publics au Québec: un manque de surveillance sur le terrain, qui a nui en partie à la détection de comportements illicites et qui a contribué à l'établissement d'une culture d'impunité.

On pourrait ainsi envisager la création d'une agence chargée de superviser uniquement le respect de l'intégrité des appels d'offres, et investie notamment d'une mission de surveillance et de détection en matière de concurrence, qui viendrait compléter en amont (au lieu de dupliquer) le travail du Bureau de la concurrence. À cet égard, le travail effectué par les Directions régionales de la concurrence en France nous semble intéressant.

On pourrait aussi décider d'aller plus loin, en dotant l'agence d'outils lui permettant de renforcer le travail du Bureau, notamment en lui octroyant certains pouvoirs d'enquête contraignants et en prévoyant au sein du nouveau régime la possibilité d'imposer des sanctions. Ces mesures pourraient toutefois entraîner une certaine dose de dédoublement entre les régime fédéral et provincial et soulever des enjeux d'articulation entre les deux, et il faudrait une volonté prononcée de coopération pour que les deux régimes soient appliqués en parallèle de manière efficace, et pour que l'ajout de nouvelles mesures provinciales parviennent à résoudre plus de problèmes qu'il n'en créerait.