

Denis Boulanger *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BOULANGER

Neutral citation: 2006 SCC 32.

File No.: 30853.

2005: December 16; 2006: July 13.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Breach of trust by public officer — Elements of offence — Whether accused's actions rose to level of seriousness required to establish actus reus of offence — Whether accused intended to use public office for purpose other than public good — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 122.

Following a car accident involving his daughter, the accused, the director of public security, asked the officer in charge of the case to prepare a second, more complete accident report. The supplementary report led to the conclusion that his daughter was not at fault, with the result that the accused did not have to pay the insurance deductible of \$250. He was charged with the offence of breach of trust by a public officer under s. 122 of the *Criminal Code*. The trial judge convicted the accused on the basis that he had used his office to obtain a personal benefit. A majority of the Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be allowed and an acquittal entered.

The offence of breach of trust by a public officer is established where the Crown proves beyond a reasonable doubt that: (1) the accused is an official; (2) the accused was acting in connection with the duties of his or her office; (3) the accused breached the standard of responsibility and conduct demanded of him or her by the nature of the office; (4) the accused's conduct represented a serious and marked departure from the

Denis Boulanger *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BOULANGER

Référence neutre : 2006 CSC 32.

N° du greffe : 30853.

2005 : 16 décembre; 2006 : 13 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Abus de confiance par un fonctionnaire — Éléments de l'infraction — Les actions de l'accusé atteignent-elles le degré de gravité requis pour établir l'actus reus de l'infraction? — L'accusé avait-il l'intention d'user de sa charge publique dans un but autre que l'intérêt public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 122.

À la suite de l'accident de voiture dans lequel sa fille était impliquée, l'accusé, le directeur de la sécurité publique, a demandé au policier chargé du dossier de préparer un deuxième rapport, plus détaillé. Par suite de ce rapport, il a été conclu que la responsabilité de sa fille n'était pas engagée, ce qui lui a évité de payer la franchise d'assurance de 250 \$. Il a été accusé de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire sous le régime de l'art. 122 du *Code criminel*. La juge du procès l'a déclaré coupable, au motif qu'il s'était servi de sa charge pour obtenir un avantage personnel. Dans un jugement majoritaire, la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement est prononcé.

L'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire est établie lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que (1) l'accusé est un fonctionnaire; (2) l'accusé agissait dans l'exercice de ses fonctions; (3) l'accusé a manqué aux normes de responsabilité et de conduite que lui impose la nature de sa charge ou de son emploi; (4) la conduite de l'accusé représente un écart grave et marqué par rapport aux

standards expected of an individual in the accused's position of public trust; and (5) the accused acted with the intention to use his or her public office for a purpose other than the public good, for example, a dishonest, partial, corrupt, or oppressive purpose. [58]

Here, the offence was not made out. The accused is an official and, in asking a subordinate officer to prepare a supplementary report, he was acting in connection with the duties of his office. He was also pursuing a personal interest contrary to the *Code of ethics of Québec police officers*, which requires him to perform his duties disinterestedly. While this may be enough to bring the accused within the ambit of disciplinary action, it does not necessarily establish the criminal offence of breach of trust by a public officer. The facts, as found by the trial judge, raise a reasonable doubt that the accused had the *mens rea* necessary for conviction under s. 122. The trial judge found that the officer's report accorded with the preponderance of evidence relating to the accident, that it was not falsified, and that the accused did not ask or obtain a supplementary report with the intent of misleading the insurance company. Although the accused knew he would benefit from the officer's report, this alone does not establish a culpable state of mind. The accused's intention was to have the officer make a complete report, not to skew it in one direction or another. In addition, it is clear that the *actus reus* was not made out. While the proper course of conduct would have been for the accused to have his insurer communicate directly with the officer, the accused's course of action does not represent a marked departure from the course of action he should have taken. Rather, as the trial judge put it, his conduct was simply an error in judgment. In view of all the circumstances, the accused's actions do not rise to the level of seriousness required to establish the *actus reus* of the offence. [61-67]

Cases Cited

Referred to: *Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853; *R. v. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679, 22 How. St. Tr. 1; *R. v. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447; *R. v. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851; *R. v. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721; *R. v. Wyatt* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331; *R. v. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976; *R. v. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962; *R. v. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340; *R. v. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. R. 4, aff'd (1967), 51 Cr. App. R. 204; *R. v. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387; *Shum Kwok Sher v. HKSAR*, [2002] 5 HKCFAR

normes que serait censé observer quiconque occuperait le poste de confiance de l'accusé; (5) l'accusé a agi dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à des fins autres que l'intérêt public, par exemple dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus. [58]

En l'espèce, l'infraction n'a pas été établie. L'accusé est un fonctionnaire et, en demandant à l'un de ses subordonnés de préparer un rapport complémentaire, il agissait dans le cadre de ses fonctions. Il cherchait également à satisfaire un intérêt personnel, ce qui va à l'encontre du *Code de déontologie des policiers du Québec*, qui exige de lui qu'il exerce ses fonctions avec désintéressement. Bien que ce geste puisse être suffisant pour l'exposer à des mesures disciplinaires, il n'établit pas nécessairement l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire. Les faits dont la juge du procès a été saisie soulèvent un doute raisonnable quant à l'existence de la *mens rea* requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 122. La juge du procès a conclu que le rapport du policier concordait avec la preuve prépondérante relative à l'accident et n'avait pas été falsifié et que l'accusé n'avait pas demandé ou obtenu le rapport complémentaire dans l'intention de tromper l'assureur. Certes, l'accusé savait qu'il retirerait un avantage du rapport du policier, mais cela ne suffit pas pour établir un état d'esprit coupable. L'intention de l'accusé est de faire rédiger un rapport complet par le policier, et non de dévier dans un sens ou dans l'autre. De plus, il est clair que l'*actus reus* n'a pas été établi. Il est vrai que l'accusé aurait dû laisser son assureur communiquer directement avec le policier, mais sa conduite ne représente pas un écart marqué par rapport à celle qu'il aurait dû adopter. Comme l'a indiqué la juge du procès, il s'agit plutôt d'une erreur de jugement de sa part. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, les actions de l'accusé n'atteignent pas le degré de gravité requis pour établir l'*actus reus* de l'infraction. [61-67]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853; *R. c. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679, 22 How. St. Tr. 1; *R. c. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447; *R. c. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851; *R. c. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721; *R. c. Wyatt* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331; *R. c. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976; *R. c. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962; *R. c. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340; *R. c. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. R. 4, conf. par (1967), 51 Cr. App. R. 204; *R. c. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387; *Shum Kwok Sher c. HKSAR*, [2002]

381; *R. v. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50; *Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, [2004] EWCA Crim 868; *R. v. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201; *R. v. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19; *R. v. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250, aff'd (1967), 2 C.R.N.S. 403; *Leblanc v. The Queen*, [1979] C.A. 417, aff'd [1982] 1 S.C.R. 344; *R. v. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236; *R. v. Perreault* (1992), 75 C.C.C. (3d) 425, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. viii; *R. v. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96; *R. v. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110; *R. v. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

Statutes and Regulations Cited

Code of ethics of Québec police officers, (1990) 122 G.O. 28, 1760, s. 9.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 118 "office", "official", 121(1)(c), 122, 139, 220, 221, 334, 346, 380.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 103.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 135.

Authors Cited

Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*. Toronto: Carswell, 1890.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 22nd Parl., January 19, 1954, p. 1274.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XXXIV, 2nd Sess., 7th Parl., April 12, 1892, p. 1312.
 Finn, Paul. "Official Misconduct", [1978] 2 *Crim. L.J.* 307.
 Great Britain. Royal Commission on the Criminal Code. *Report of the Royal Commission on the Criminal Code (Eng.) 1880 and Imperial Criminal Code and criminal bills*. London: H.M.S.O., 1888.
 Mewett, Alan W. "The Criminal Law, 1867-1967" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 726.
New Oxford Dictionary of English. Oxford: Clarendon Press, 1998, "partiality".
 Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, 4th ed. London: MacMillan and Co., 1887.
 Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences)*, 9th ed., by Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

5 HKCFAR 381; *R. c. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50; *Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, [2004] EWCA Crim 868; *R. c. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201; *R. c. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19; *R. c. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250, conf. par (1967), 2 C.R.N.S. 403; *Leblanc c. La Reine*, [1979] C.A. 417, conf. par [1982] 1 R.C.S. 344; *R. c. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236; *Perreault c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1829, autorisation d'appel rejetée, [1993] 1 R.C.S. viii; *R. c. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96; *R. c. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110; *R. c. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 118 « charge » ou « emploi », « fonctionnaire », 121(1)c), 122, 139, 220, 221, 334, 346, 380.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 103.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 135.
Code de déontologie des policiers du Québec, (1990) 122 G.O. 28, 2531, art. 9.

Doctrine citée

Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*. Toronto : Carswell, 1890.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 22^e lég., 19 janvier 1954, p. 1344.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXIV, 2^e sess., 7^e Parl., 12 avril 1892, p. 1347.
 Finn, Paul. « Official Misconduct », [1978] 2 *Crim. L.J.* 307.
 Grande-Bretagne. Royal Commission on the Criminal Code. *Report of the Royal Commission on the Criminal Code (Eng.) 1880 and Imperial Criminal Code and criminal bills*. London : H.M.S.O., 1888.
 Mewett, Alan W. « The Criminal Law, 1867-1967 » (1967), 45 *R. du B. can.* 726.
 Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, 4th ed. London : MacMillan and Co., 1887.
 Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences)*, 9th ed., by Lewis Frederick Sturge. London : Sweet & Maxwell, 1950.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle (1789-1960), t. 12. Paris :

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Dalphond and Doyon JJ.A.) (2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 CarswellQue 622, [2005] Q.J. No. 798 (QL), 2005 QCCA 214, affirming the accused's conviction, [2003] Q.J. No. 4097 (QL). Appeal allowed.

François Beauvais, for the appellant.

Josée Grandchamp and *Henri-Pierre Labrie*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

¹ The crime of breach of trust by a public officer, embodied in s. 122 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is both ancient and important. It gives concrete expression to the duty of holders of public office to use their offices for the public good. This duty lies at the heart of good governance. It is essential to retaining the confidence of the public in those who exercise state power. Yet surprisingly, the elements of this crime remain uncertain. This appeal requires us to clarify those elements so that citizens, police and the courts have a clear idea of what conduct the crime encompasses.

² The appellant was the director of public security of the municipality of Varennes, Quebec. Following an accident in which his daughter was involved, he asked the police officer in charge of the case to prepare a second, more complete accident report. The supplementary report led to the conclusion that his daughter was not at fault, with the result that the appellant did not have to pay the insurance deductible of \$250. The question is whether this conduct supports a conviction for

Centre national de la recherche scientifique, 1986, « partialité ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Dalphond et Doyon) (2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 CarswellQue 622, [2005] J.Q. n° 798 (QL), 2005 QCCA 214, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé, [2003] J.Q. n° 4097 (QL). Pourvoi accueilli.

François Beauvais, pour l'appellant.

Josée Grandchamp et *Henri-Pierre Labrie*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

L'abus de confiance par un fonctionnaire, visé à l'art. 122 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, est un crime à la fois ancien et important. Il matérialise l'obligation des titulaires d'une charge ou d'un emploi publics d'en user pour le bien public. C'est une obligation fondamentale pour une saine administration et essentielle pour que les citoyens continuent à faire confiance aux autorités publiques. Pourtant, il est surprenant de constater que les éléments constitutifs de ce crime demeurent incertains. Le présent pourvoi nous oblige à les clarifier, afin que les citoyens, la police et les tribunaux sachent clairement quel genre de conduite est visé par cette infraction.

L'appelant était le directeur de la sécurité publique de la ville de Varennes (Québec). Il a demandé au policier chargé du dossier de l'accident dans lequel sa fille était impliquée de préparer un deuxième rapport, plus détaillé. Par suite de ce rapport, l'assureur a conclu que la responsabilité de cette dernière n'était pas engagée, ce qui a évité à l'appelant de payer la franchise de 250 \$. Il s'agit de déterminer si cette conduite peut fonder une déclaration de culpabilité pour abus de confiance par un

breach of trust by a public officer under s. 122 of the *Criminal Code*.

The trial judge convicted the appellant on the basis that he had used his office to obtain a personal benefit ([2003] Q.J. No. 4097 (QL)). A majority of the Quebec Court of Appeal confirmed the verdict ((2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 QCCA 214). Dalphond J.A., dissenting, would have ordered an acquittal on the basis that the benefit obtained was not undue and that it had not been established beyond a reasonable doubt that a reasonable person, in full possession of the relevant facts, would necessarily conclude that a breach of trust had occurred.

After analysing the elements of the offence of breach of trust by a public officer, I conclude that the appeal should be allowed and an acquittal entered.

2. Analysis

2.1 *The Issue*

Section 122 makes it an indictable offence, punishable by up to five years in prison, for an official to commit fraud or a breach of trust:

122. Every official who, in connection with the duties of his office, commits fraud or a breach of trust is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years, whether or not the fraud or breach of trust would be an offence if it were committed in relation to a private person.

An “official” is defined in s. 118 as a person who “holds an office” or “is appointed to discharge a public duty”. The term “office” is defined broadly as including “an office or appointment under the government”, “a civil or military commission” and “a position or an employment in a public department”.

It is clear that Mr. Boulanger is an “official” under s. 122. It is also clear that in instructing Constable

fonctionnaire sous le régime de l’art. 122 du *Code criminel*.

La juge du procès a déclaré l’appelant coupable, au motif qu’il s’était servi de sa charge pour obtenir un avantage personnel ([2003] J.Q. n° 4097 (QL)). Dans un jugement majoritaire, la Cour d’appel du Québec a confirmé cette décision ((2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 QCCA 214). Le juge Dalphond, dissident, aurait acquitté l’accusé parce que celui-ci n’avait pas obtenu d’avantage irrégulier et qu’il n’avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable qu’une personne raisonnable, bien informée des faits pertinents, conclurait nécessairement à l’abus de confiance.

Après examen des éléments constitutifs de l’infraction d’abus de confiance par un fonctionnaire, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de prononcer un acquittement.

2. Analyse

2.1 *La question en litige*

Selon l’art. 122, la fraude ou l’abus de confiance commis par un fonctionnaire est un acte criminel punissable d’un emprisonnement maximal de cinq ans :

122. Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans tout fonctionnaire qui, relativement aux fonctions de sa charge, commet une fraude ou un abus de confiance, que la fraude ou l’abus de confiance constitue ou non une infraction s’il est commis à l’égard d’un particulier.

L’article 118 définit le « fonctionnaire » comme une personne qui « détient une charge ou un emploi » ou « est nommée pour remplir une fonction publique ». Les mots « charge » et « emploi » sont définis de façon large : ils visent notamment « une charge ou fonction sous l’autorité du gouvernement », « une commission civile ou militaire » et « un poste ou emploi dans un ministère public ».

Il est clair que M. Boulanger est un « fonctionnaire » au sens de l’art. 122. Il est tout aussi clair

3

4

5

6

Stephens to make a more complete accident report, he was acting “in connection with the duties of his office” under s. 122. The question is whether that act constituted a “breach of trust” under s. 122.

7 Precisely what is required to establish breach of trust under s. 122 is not clear from the Canadian cases. Canada is not alone in this. As we shall see, other countries which have inherited the common law offence of breach of trust by a public officer have also wrestled with this question.

8 The *Criminal Code* does not inform us of the elements of the offence. It simply sets out the common law offence of breach of trust by public officers in general terms. The purpose of the offence, the *mens rea* or guilty mind required for the offence and the *actus reus* or conduct targeted by the offence remain subject to conflicting decisions and conjecture.

9 These issues lie at the heart of this appeal. In order to resolve them, we must look to the history of the offence at common law and to how it has developed in Canada and elsewhere.

10 I conclude that Parliament based s. 122 of the *Criminal Code* on the offence of misfeasance in public office, as defined by Sir James F. Stephen, in *Digest of the Criminal Law* (4th ed. 1887), at p. 85, while choosing not to incorporate the different offence, also recognized by Stephen, of neglect in public office. Much of the confusion surrounding s. 122 stems from the failure to recognize the difference between the two offences and from the fact that Parliament adopted only one of them. Interpreting s. 122 as incorporating the common law offence of misfeasance in public office, I conclude that, on the facts found by the trial judge, the appeal should be allowed.

qu'en demandant à l'agent Stephens de rédiger un rapport plus détaillé sur l'accident il agissait « relativement aux fonctions de sa charge » au sens de l'art. 122. Il faut déterminer si ce geste constitue un « abus de confiance » selon cet article.

Il ne ressort pas clairement de la jurisprudence canadienne ce qu'il faut prouver exactement pour établir l'abus de confiance visé à l'art. 122. Le Canada n'est pas seul dans cette situation. Comme nous le verrons, d'autres pays qui ont hérité de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire prévue par la common law ont également été aux prises avec ce problème.

Le *Code criminel* ne nous renseigne pas sur les éléments constitutifs de l'infraction. Il renferme simplement un énoncé général de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire prévue par la common law. L'objet de l'infraction, la *mens rea* ou l'intention coupable nécessaires à son existence de même que l'*actus reus* ou la conduite visés continuent à dépendre de décisions contradictoires et de conjectures.

Ces questions sont au cœur du présent pourvoi. Pour y répondre, il nous faut examiner l'historique de l'infraction en common law et en suivre l'évolution au Canada et dans d'autres pays.

Je suis d'avis que le législateur a repris à l'art. 122 du *Code criminel* l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics définie par Sir James F. Stephen dans *A Digest of the Criminal Law* (4^e éd. 1887), p. 85, mais qu'il a décidé de ne pas incorporer au Code l'infraction distincte, également reconnue par Sir James F. Stephen, de manquement à un devoir dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics. La confusion entourant l'art. 122 provient en grande partie de ce qu'on ne fait pas la différence entre les deux infractions et de ce que le législateur n'en a adopté qu'une. Puisque l'art. 122, tel que je l'interprète, codifie l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics prévue par la common law, j'estime que, compte tenu des conclusions de fait de la juge du procès, il y a lieu d'accueillir le pourvoi.

2.2 *The Common Law Offence*

The modern Canadian offence of breach of trust by a public officer can be traced to the common law offence of “misbehaviour” or “misconduct” in public office. The first mention of the offence, written in an age of judgments shorter than ours, dates back to 1704:

Every public officer is indictable for misbehaviour.

Per Curiam. If a man be made an officer by Act of Parliament, and misbehave himself in his office, he is indictable for it at common law, and any public officer is indictable for misbehaviour in his office.

(*Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853 (K.B.))

Lord Mansfield was to put flesh on the bare bones of this emerging offence in *R. v. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679 (K.B.), the case which is often credited as providing the seminal formulation of the offence (P. Finn, “Official Misconduct”, [1978] 2 *Crim. L.J.* 307, at p. 308). Bembridge, an accountant in the paymaster’s office of the British army, was charged with misbehaviour in his office. The count on which he was convicted charged that he, an officer in a “place and employment of great public trust and confidence” had “wrongfully, unjustly, and fraudulently” contrived to conceal omissions in the records and to cheat and defraud the King.

Bembridge made a motion in arrest of judgment on the ground that the matter was a civil injury that was not indictable and for which there was no criminal precedent. Lord Mansfield dismissed the motion and set out two basic principles which supported the existence of the offence: first, “that a man accepting an office of trust concerning the public, especially if attended with profit, is answerable criminally to the King for misbehaviour in his office” (p. 681); and second, that “where there is a breach of trust, fraud, or imposition, in a matter

2.2 *L’infraction prévue par la common law*

L’abus de confiance par un fonctionnaire tel qu’on le connaît de nos jours remonte à l’infraction d’« inconduite » dans l’exercice d’une charge ou d’un emploi publics prévue par la common law. Cette infraction a été mentionnée pour la première fois dans un jugement de 1704, époque où les jugements étaient plus laconiques :

[TRADUCTION] Tout fonctionnaire peut être poursuivi en justice pour inconduite.

La Cour. Tout homme nommé fonctionnaire en vertu d’une loi du Parlement qui fait preuve d’inconduite dans l’exercice de ses fonctions peut être poursuivi en justice selon la common law, et tout fonctionnaire public peut être poursuivi pour inconduite dans l’exécution de ses fonctions.

(*Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853 (K.B.))

Lord Mansfield devait donner corps à cette infraction naissante dans *R. c. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679 (K.B.), une décision qu’on présente souvent comme la source de la définition de l’infraction (P. Finn, « Official Misconduct », [1978] 2 *Crim. L.J.* 307, p. 308). M. Bembridge, qui travaillait comme comptable au bureau du trésorier-payeur de l’armée britannique, avait été accusé d’inconduite dans l’exercice de ses fonctions. Le chef d’accusation dont il avait été déclaré coupable portait qu’il avait [TRADUCTION] « indûment, injustement et frauduleusement » dissimulé des omissions dans les registres et fraudé le Roi alors qu’il était fonctionnaire occupant [TRADUCTION] « un important poste de confiance ».

M. Bembridge a présenté une requête en sursis à statuer en faisant valoir que l’affaire concernait un dommage civil qui ne pouvait fonder un acte d’accusation et pour lequel il n’existait aucun précédent en matière criminelle. Lord Mansfield a rejeté la requête et a énoncé deux principes fondamentaux étayant l’existence de l’infraction : premièrement, [TRADUCTION] « l’homme qui accepte un poste de confiance concernant le public, surtout s’il en tire un profit, est responsable au criminel devant le Roi de sa mauvaise conduite dans l’exercice de ses

11

12

13

concerning the public, though as between individuals it would only be actionable, yet as between the King and the subject it is indictable” (p. 681). “Misbehaviour”, “breach of trust”, “fraud” and “imposition” were not defined, however.

14 Lord Mansfield held that two elements had to be made out: “first, that it was an office of trust . . . and, secondly, that the defendant in his office knowingly, and contrary to his duty, concealed” (p. 681). He continued:

If the defendant knew of the omission, he must have applied to Powell for explanation; and if he concealed it, his motive must have been corrupt. That he did know was fully proved, and he was guilty therefore, not of an omission or neglect, but of a gross deceit. The object could only have been to defraud the public of the whole, or of part of the interest. On the whole I have no doubt but that there was sufficient evidence on both grounds. [p. 681]

15 In his charge to the jury, Lord Mansfield emphasized the need to show corruption or fraud:

From this charge, you see, there are two propositions for you to be satisfied of. The first is, that this place of accountant in the paymaster’s office, is a place of public trust and confidence, relative to the passing the accounts of the paymasters out of office, that is, that it is a check upon those who pass the account of a paymaster out of office, that they should be examined, controlled, and surcharged before the auditor, by the accountant; that is the first proposition of fact necessary for you to be satisfied of. The next proposition in point of fact necessary for you to be satisfied of, is, that these concealments were made by the defendant, Bembridge, corruptly and fraudulently. If you are satisfied of these two facts, you are then warranted to find the defendant guilty of the indictment, in point of fact. [Emphasis added.]

(Reproduced in (1783), 22 How. St. Tr. 1, at p. 74)

fonctions » (p. 681) et, deuxièmement, [TRADUCTION] « l’abus de confiance, la fraude ou le dol qui, dans le cas de questions concernant le public, ne donnerait ouverture qu’à une action entre les intéressés donne lieu à une accusation criminelle s’il s’agit d’une affaire entre le Roi et son sujet » (p. 681). Les termes « inconduite », « abus de confiance », « fraude » et « dol » n’ont toutefois pas été définis.

Lord Mansfield a statué qu’il fallait établir deux éléments : [TRADUCTION] « premièrement, qu’il s’agissait d’un poste de confiance [. . .] et, deuxièmement, que le défendeur dans le cadre de ses fonctions s’était, sciemment et à l’encontre de son devoir, livré à de la dissimulation » (p. 681). Il a ajouté :

[TRADUCTION] Si le défendeur était au courant de l’omission, il aurait dû demander des explications à Powell; s’il l’a dissimulée, c’est nécessairement pour un motif de corruption. Il est amplement prouvé que le défendeur était au courant; il était donc coupable non pas d’omission ou de manquement à un devoir, mais de tromperie grave. Le but poursuivi ne pouvait être que de frustrer le public de la totalité ou d’une partie des intérêts. Je n’ai somme toute aucun doute sur la suffisance de la preuve relativement à ces deux éléments. [p. 681]

Dans ses directives au jury, lord Mansfield a insisté sur la nécessité de prouver la corruption ou la fraude :

[TRADUCTION] Relativement à cette accusation, voyez-vous, vous devez être convaincus de deux énoncés. Le premier porte que ce poste de comptable au bureau du trésorier-payeur est un poste qui jouit de la confiance du public et qui se rapporte à la fermeture des comptes du trésorier-payeur sortant de charge, c’est-à-dire que son titulaire est chargé de contrôler cette fermeture afin de vérifier les comptes et d’en relever toute omission avant qu’ils soient transmis au vérificateur; c’est le premier énoncé dont vous devez être convaincus. Le second énoncé de fait dont vous devez être convaincus porte que le défendeur, M. Bembridge, s’est livré à ces dissimulations dans un dessein de corruption et de fraude. Si vous êtes convaincus de ces deux faits, vous êtes alors justifiés de conclure que le défendeur est coupable dans les faits. [Je souligne.]

(Reproduit dans (1783), 22 How. St. Tr. 1, p. 74)

This emphasis on a guilty mind in *Bembridge* is consistent with an earlier pronouncement by Lord Mansfield in *R. v. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447 (K.B.), which concerned two justices of the peace accused of “arbitrarily, obstinately, and unreasonably” refusing a licence to a tavern owner. In refusing the information, Lord Mansfield underlined the distinction between error and crime:

But if it clearly appears that the justices have been partially, maliciously, or corruptly influenced in the exercise of this discretion, and have (consequently) abused the trust reposed in them, they are liable to prosecution by indictment or information; or even, possibly, by action, if the malice be very gross and injurious.

If their judgment is wrong, yet their heart and intention pure, God forbid that they should be punished! and he declared that he should always lean towards favouring them; unless partiality, corruption, or malice shall clearly appear.

. . .

But it must be a clear and apparent partiality, or wilful misbehaviour, to induce the Court to grant an information: not a mere error in judgment. [Emphasis added; p. 450.]

The requirement of corruption was affirmed in *R. v. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851 (K.B.), where justices of the peace were accused of refusing to grant licences to applicants who had voted for certain members of Parliament. According to the case report:

And Lord Mansfield declared, that the Court granted this information against the justices, not for the mere refusing to grant the licences (which they had a discretion to grant or refuse, as they should see to be right and proper;) but for the corrupt motive of such refusal; for their oppressive and unjust refusing to grant them . . . [Emphasis added; p. 851.]

A half-century later, in *R. v. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721 (K.B.), a case concerning the conduct of a magistrate, dishonesty and corruption remained defining characteristics of the offence. Abbott C.J. made a critical

Cette insistance sur l'intention coupable dans *Bembridge* cadre avec un jugement antérieur que lord Mansfield a rendu dans *R. c. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447 (K.B.), qui concernait deux juges de paix accusés d'avoir [TRADUCTION] « arbitrairement, obstinément et déraisonnablement » refusé de délivrer un permis au propriétaire d'une taverne. En rejetant la dénonciation, lord Mansfield a souligné la différence entre l'erreur et le crime :

[TRADUCTION] Mais s'il apparaît clairement que les juges ont exercé ce pouvoir discrétionnaire en cédant à la partialité, la malveillance ou la corruption et ont, par conséquent, abusé de la confiance qui leur avait été accordée, ils sont passibles de poursuites par voie de mise en accusation ou dénonciation, ou même par voie d'action, si la malveillance est particulièrement cruelle et préjudiciable.

Toutefois, si en dépit d'une erreur de jugement leur cœur et leur intention sont purs, que Dieu les préserve de tout châtiment et qu'il leur manifeste sa bienveillance en tout temps; à moins que la partialité, la corruption ou la malveillance soit manifeste.

. . .

Mais la partialité doit être claire et manifeste ou il doit s'agir d'une inconduite volontaire pour que la Cour autorise la dénonciation : il ne peut s'agir d'une simple erreur de jugement. [Je souligne; p. 450.]

L'exigence de corruption a été confirmée dans *R. c. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851 (K.B.), où des juges de paix étaient accusés d'avoir refusé de délivrer des permis aux demandeurs parce que ceux-ci avaient voté pour certains députés. On peut lire dans le recueil de jurisprudence :

[TRADUCTION] Et lord Mansfield a déclaré que la Cour autorisait la dénonciation contre les juges, non pas simplement parce qu'ils avaient refusé de délivrer les permis (ce qu'ils avaient le pouvoir discrétionnaire de faire selon ce qu'ils jugeaient indiqué), mais en raison des motifs de corruption fondant le refus, du refus abusif et injuste de les délivrer . . . [Je souligne; p. 851.]

Un demi-siècle plus tard, dans *R. c. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721 (K.B.), qui mettait en cause la conduite d'un magistrat, la malhonnêteté et la corruption étaient toujours des caractéristiques déterminantes de l'infraction. Le

16

17

18

distinction between breaches of public duty arising from a dishonest, oppressive or corrupt motive, which fall within the criminal offence, and less serious mistakes or errors, which do not:

They [the Magistrates] are, indeed, like every other subject of this kingdom, answerable to the law for the faithful and upright discharge of their trust and duties. But, whenever they have been challenged upon this head, either by way of indictment, or application to this Court for a criminal information, the question has always been, not whether the act done might, upon full and mature investigation, be found strictly right, but from what motive it had proceeded; whether from a dishonest, oppressive, or corrupt motive, under which description, fear and favour may generally be included, or from mistake or error. In the former case, alone, they have become the objects of punishment. [Emphasis added; pp. 721-22.]

19

Bembridge, Young, Williams and Borron were concerned with positive *misfeasance* (or *malfeasance*) — acts committed with a corrupt, dishonest or oppressive intent. However, around the same time, another branch of misconduct in public office emerged. This branch concerned *nonfeasance* — the neglect of official duties. In contrast to the offence of *misfeasance* in public office, the offence of *nonfeasance* did not require a specific intent or *mens rea*. *R. v. Wyatt* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331 (K.B.), advanced the proposition that “[w]here an officer neglects a duty incumbent on him, either by common law or statute, he is for his default indictable” (p. 332 (footnote omitted)). Neglect of duty was also prosecuted in *R. v. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976, and *R. v. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962, both of which involved failure of officers to suppress a riot. In *R. v. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340 (K.B.), the accused was similarly charged with negligent performance of duties, but as Lord Kenyon noted, the charge emanated from a specific statute which did not make corruption an essential element of the offence.

juge en chef Abbott a établi une distinction capitale entre le manquement à un devoir public procédant d'un motif de malhonnêteté, d'abus ou de corruption, qui relève de l'infraction criminelle, et les erreurs moins graves, qui ne sont pas visées par elle :

[TRADUCTION] Ils [les magistrats] sont effectivement, comme tout autre sujet de ce royaume, tenus de répondre devant la loi de l'accomplissement loyal et intègre de leurs obligations. Lorsqu'ils sont mis en cause à ce titre, par voie de mise en accusation ou dénonciation devant la Cour, il s'agit toujours de se demander non pas si les actes accomplis peuvent être jugés strictement corrects après examen approfondi, mais bien quels en étaient les fondements : procédaient-ils d'un motif de malhonnêteté, d'abus ou de corruption — description pouvant généralement comprendre la crainte et le favoritisme — ou de simples erreurs? Ce n'est que dans le premier cas qu'ils donnent ouverture à châtement. [Je souligne; p. 721-722.]

Dans *Bembridge, Young, Williams et Borron*, il était question d'actions fautives positives, c'est-à-dire d'actes commis dans une intention de corruption, de malhonnêteté ou d'abus. Toutefois, un autre type d'inconduite dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics se faisait jour à peu près à la même époque, à savoir l'inaction ou le manquement à un devoir officiel. Contrairement à l'infraction d'action fautive commise dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics, l'infraction d'inaction ne nécessitait pas d'intention ou *mens rea* spécifique. *R. c. Wyatt* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331 (K.B.), a établi le principe selon lequel [TRADUCTION] « [l]orsqu'un fonctionnaire manque au devoir que lui impose la common law ou la loi, il peut être mis en accusation » (p. 332 (renvoi en bas de page omis)). De même, dans *R. c. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976, et *R. c. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962, les défendeurs — qui n'avaient pas réussi à réprimer une émeute — ont été accusés d'avoir manqué à leur devoir. Par ailleurs, dans *R. c. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340 (K.B.), le défendeur était accusé de négligence dans l'accomplissement de ses fonctions mais, comme l'a signalé lord Kenyon, l'accusation était portée en vertu d'une loi particulière aux termes de laquelle la corruption n'était pas un élément essentiel de l'infraction.

Recognizing their distinct elements, Sir James F. Stephen in his *Digest of the Criminal Law* divided these branches into two distinct offences: “Frauds and Breaches of Trust by Officers” and “Neglect of Official Duty”:

ARTICLE 121.

FRAUDS AND BREACHES OF
TRUST BY OFFICERS.

Every public officer commits a misdemeanor who, in the discharge of the duties of his office commits any fraud or breach of trust affecting the public, whether such fraud or breach of trust would have been criminal or not if committed against a private person.

. . .

ARTICLE 122.

NEGLECT OF OFFICIAL DUTY.

Every public officer commits a misdemeanor who wilfully neglects to perform any duty which he is bound either by common law or by statute to perform, provided that the discharge of such duty is not attended with greater danger than a man of ordinary firmness and activity may be expected to encounter.

Although *Bembridge* had dealt with deliberate concealment and fraud, the principles referred to by Lord Mansfield in dismissing the motion in arrest of judgment have sometimes been cited as authority for the offence of neglect of official duty. As a result, these two offences have often been treated as one, giving rise to confusion over the distinct elements of each.

In particular, the failure to separate these two offences has created uncertainty as to when the *mens rea* of corruption, oppression or dishonesty must be made out. The English Court of Appeal (Criminal Division) was faced with this question in *R. v. Llewellyn-Jones* (1967), 51 Cr. App. R. 204. Llewellyn-Jones argued that a count charging misbehaviour in public office had to specifically allege

Dans son ouvrage *A Digest of the Criminal Law*, Sir James F. Stephen, reconnaissant leurs éléments distincts, a divisé ces infractions en deux catégories : [TRADUCTION] « Fraude et abus de confiance par un fonctionnaire » et « Manquement à un devoir officiel » :

[TRADUCTION]

ARTICLE 121.

FRAUDE ET ABUS DE CONFIANCE PAR
UN FONCTIONNAIRE.

Est coupable d’une infraction mineure tout fonctionnaire qui, dans l’exercice de ses fonctions, commet quelque fraude ou abus de confiance affectant le public, soit que cette fraude ou cet abus de confiance eût été ou n’eût pas été criminel s’il eût été commis contre un particulier.

. . .

ARTICLE 122.

MANQUEMENT À UN DEVOIR OFFICIEL.

Est coupable d’une infraction mineure tout fonctionnaire qui volontairement manque à un devoir qui lui est imposé par la common law ou la loi, à condition que l’accomplissement de ce devoir ne l’expose pas à un plus grand danger qu’un homme d’une force de caractère et d’une énergie ordinaires.

Bien que l’affaire *Bembridge* porte sur des actes de dissimulation et de fraude délibérés, les principes invoqués par lord Mansfield pour rejeter la requête en sursis à statuer ont parfois été cités à l’égard de l’infraction de manquement à un devoir officiel. Les deux infractions ont donc souvent été considérées comme une seule et même infraction, ce qui a engendré de la confusion quant aux éléments distincts de chacune.

En particulier, en raison de l’absence de distinction entre les deux infractions, il est devenu difficile de savoir avec certitude quand il faut prouver la *mens rea* de la corruption, de l’abus ou de la malhonnêteté. La Cour d’appel anglaise (section criminelle) a été saisie de cette question dans *R. c. Llewellyn-Jones* (1967), 51 Cr. App. R. 204. M. Llewellyn-Jones faisait valoir que l’accusation d’inconduite

fraud, dishonesty or corruption, as these were essential elements of the offence at common law. The court declined to answer the question, holding that dishonesty was implicit in the facts as alleged.

23 This uncertainty soon resurfaced in *R. v. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387 (C.A.). Dytham, a police officer in uniform, was charged with misconduct of an officer of Justice after having watched as an individual was kicked to death outside a night club. He had done nothing to intervene, and had left the scene of the crime. No dishonesty, corruption or oppression was alleged or implied.

24 Relying on *Wyat* and referring specifically to Stephen's offence of "neglect of official duty" (art. 145 in the 9th ed. (1950)), Widgery L.C.J. concluded that Dytham could be convicted for neglect of duty. However, presumably concerned to maintain a *mens rea* appropriate to criminal sanction, he specified that the neglect had to be wilful and not merely inadvertent. He continued as follows:

This involves an element of culpability which is not restricted to corruption or dishonesty but which must be of such a degree that the misconduct impugned is calculated to injure the public interest so as to call for condemnation and punishment. [p. 394]

Widgery L.C.J. did not specify whether the above characterization was restricted to the "neglect of duty" line of cases upon which he relied or whether his comments also applied to the cases dealing with misfeasance in office, where corruption, dishonesty or oppression had typically been required.

25 The confusion extended beyond England to other parts of the Commonwealth. In *Shum Kwok Sher v. HKSAR*, [2002] 5 HKCFAR 381, the Court of Final Appeal of Hong Kong was called upon to establish the elements of the common law offence of misconduct in public office in order to determine

dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics devait alléguer expressément la fraude, la malhonnêteté ou la corruption puisqu'il s'agissait d'éléments essentiels de l'infraction en common law. La cour a refusé de répondre à la question, estimant que les faits tels qu'ils étaient allégués impliquaient la malhonnêteté.

L'incertitude s'est manifestée de nouveau dans *R. c. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387 (C.A.). M. Dytham, un policier en uniforme, a été accusé d'inconduite à titre d'auxiliaire de justice pour avoir regardé, sans intervenir, un individu se faire battre à mort à coups de pied à l'extérieur d'une boîte de nuit et avoir ensuite quitté le lieu du crime. On n'a allégué ni insinué aucun abus, malhonnêteté ou corruption.

Se fondant sur *Wyat* et mentionnant expressément le [TRADUCTION] « manquement à un devoir officiel » défini par Stephen (art. 145 de la 9^e éd. (1950)), le lord juge en chef Widgery a conclu que le policier pouvait être déclaré coupable d'avoir manqué à son devoir. Toutefois, probablement soucieux de maintenir une *mens rea* justifiant une sanction criminelle, il a précisé que le manquement devait être volontaire et non simplement inconscient. Il a ajouté :

[TRADUCTION] Cela suppose un élément de culpabilité qui ne se limite pas à la corruption ou à la malhonnêteté, mais qui doit être tel que l'inconduite reprochée porte délibérément atteinte à l'intérêt public et doit être condamnée et punie. [p. 394]

Le lord juge en chef Widgery n'a pas précisé si cette caractérisation ne visait que les affaires de manquement au devoir sur lesquelles il s'était fondé ou si ses commentaires s'appliquaient également aux cas d'action fautive dans l'exercice de ses fonctions pour lesquels il faut habituellement qu'il y ait corruption, malhonnêteté ou abus.

La confusion s'est propagée au-delà de l'Angleterre dans d'autres pays du Commonwealth. Dans *Shum Kwok Sher c. HKSAR*, [2002] 5 HKCFAR 381, la Cour de dernier ressort de Hong Kong a dû déterminer quels étaient les éléments de l'infraction d'inconduite dans l'exercice d'une charge ou

whether it was consistent with the rights guaranteed by the Basic Law. Sir Anthony Mason, formerly Chief Justice of Australia, reviewed the history of the offence of misconduct in office and determined that it comprised different types of conduct, each of which required a different mental element: paras. 81-82. He then went on to impose, in all instances, an overriding requirement of seriousness:

The second qualification which I attach to the elements of the offence stated in the previous paragraph is that the misconduct complained of must be serious misconduct. Whether it is serious misconduct in this context is to be determined having regard to the responsibilities of the office and the officeholder, the importance of the public objects which they serve and the nature and extent of the departure from those responsibilities. [para. 86]

Shortly thereafter, in light of the unsatisfactory state of the law after *Dytham* and the reconsideration of the concepts of “recklessness” and “wilful neglect” by the House of the Lords in *R. v. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50, a reference was directed to the English Court of Appeal (Criminal Division) asking for clarification of the elements of the offence of misconduct in a public office (*Attorney General’s Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, 2004 EWCA Crim 868 (“*Attorney General’s Reference*”)).

After reviewing *Bembridge*, *Borron*, *Llewellyn-Jones* and *Dytham*, as well as *Shum Kwok Sher*, the Court of Appeal held that misconduct in public office required a breach of duty by the officer, consisting either in an act of commission or one of omission, but that in either case, the conduct must be wilful. Wilful misconduct was held to mean “deliberately doing something which is wrong knowing it to be wrong or with reckless indifference as to whether it is wrong or not” (para. 28), and recklessness to mean “an awareness of the duty to act or a subjective recklessness as to the existence of the duty” (para. 30). The recklessness test was said to apply to the determination of whether a duty arises in the circumstances, as well as to the conduct of the defendant if it does. The subjective test would apply both to reckless indifference to

d’un emploi publics prévue par la common law afin de statuer sur leur conformité avec les droits garantis par la *Basic Law* (Loi fondamentale). Sir Anthony Mason, ancien juge en chef d’Australie, a examiné l’historique de l’infraction et a conclu qu’elle visait différentes conduites nécessitant chacune un élément moral distinct (par. 81-82), auxquelles il a ensuite ajouté, pour tous les cas, l’exigence primordiale de la gravité :

[TRADUCTION] La deuxième réserve que je fais au sujet des éléments de l’infraction énoncés plus haut est que l’inconduite en cause doit être grave. La gravité, dans le présent contexte, s’évalue compte tenu des responsabilités de la charge, ou de l’emploi, et de son titulaire, de l’importance des fins publiques auxquelles elles s’attachent ainsi que de la nature et de la portée du manquement à ces responsabilités. [par. 86]

Peu de temps après, comme l’état du droit après *Dytham* et le réexamen des notions d’« insouciance » et de « manquement volontaire » par la Chambre des lords dans *R. c. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50, n’était pas clair, la Cour d’appel anglaise (section criminelle) a été saisie d’un renvoi demandant la clarification des éléments de l’infraction d’inconduite dans l’exercice d’une charge ou d’un emploi publics (*Attorney General’s Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, [2004] EWCA Crim 868 (« *Attorney General’s Reference* »)).

Après avoir analysé *Bembridge*, *Borron*, *Llewellyn-Jones*, *Dytham* et *Shum Kwok Sher*, la Cour d’appel a statué que l’inconduite dans l’exercice d’une charge ou d’un emploi publics suppose un manquement à un devoir de la part du fonctionnaire. Il peut s’agir d’un acte de commission ou d’un acte d’omission, mais l’acte doit être volontaire dans les deux cas. La cour a indiqué que, par inconduite volontaire il fallait entendre [TRADUCTION] « le fait d’accomplir délibérément un acte fautif en toute connaissance de cause ou en faisant preuve d’une insouciance téméraire pour ce qui est de savoir s’il est de nature fautive ou non » (par. 28), cette insouciance étant définie comme [TRADUCTION] « la conscience du devoir à accomplir ou l’insouciance subjective quant à l’existence de ce devoir » (par. 30). Le critère de l’insouciance s’appliquerait à la

26

27

the legality of the act or omission and in relation to the consequences of the act or omission: para. 30. The result was a unified offence that incorporated both the former offences of public misfeasance and neglect of official duty. However, in keeping with the development in recent cases of the requirements of a criminal state of mind, simple neglect, in itself, would no longer suffice. At a minimum, reckless indifference was required.

28 Over and above these basic requirements, the Court of Appeal endorsed the condition imposed in *Shum Kwok Sher* that the misconduct at issue be serious misconduct:

[T]here must be a serious departure from proper standards before the criminal offence is committed; and a departure not merely negligent but amounting to an affront to the standing of the public office held. The threshold is a high one requiring conduct so far below acceptable standards as to amount to an abuse of the public's trust in the office holder. A mistake, even a serious one, will not suffice. [para. 56]

29 In this way, the Court of Appeal sought to ensure that the offence would apply only to truly criminal conduct.

2.3 *History of the Offence in Canada*

30 The failure to recognize the distinction between the offences of misfeasance in public office and neglect of official duty has also led to confusion in Canada. This confusion first surfaced in *R. v. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201 (Ch. D.). Arnoldi was the Chief Mechanical Engineer of the Department of Public Works of Canada and was in charge of public dredging. His duties included auditing accounts payable. Arnoldi hired his yacht and storehouse for public purposes, registering them in the names of friends to conceal the fact that he was the one being paid under the contract. As auditor, he falsely certified that the accounts were correct.

question de savoir s'il existe un devoir dans les circonstances ainsi qu'à la conduite du défendeur, le cas échéant. Le critère subjectif s'appliquerait tant à l'insouciance téméraire à l'égard de la légalité de l'acte ou de l'omission qu'à l'égard des conséquences découlant de l'acte ou de l'omission : par. 30. Il en résulte une infraction unifiée qui incorpore à la fois l'ancienne infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics et celle de manquement à un devoir officiel. Toutefois, compte tenu des exigences formulées dans la jurisprudence récente en matière d'état d'esprit criminel, le simple manquement à un devoir, à lui seul, n'est plus suffisant. Il faut au moins une insouciance téméraire.

Outre ces exigences de base, la Cour d'appel a confirmé la condition formulée dans *Shum Kwok Sher*, selon laquelle l'inconduite en cause doit être grave.

[TRADUCTION] [P]our constituer une infraction criminelle, l'écart de conduite par rapport aux normes applicables doit être sérieux et non pas simplement négligent; il doit discréditer la charge ou l'emploi publics. Il s'agit d'une condition rigoureuse qui exige une conduite si éloignée des normes acceptables qu'elle équivaut à un abus de la confiance du public envers le titulaire de la charge ou de l'emploi publics. Une erreur, même grave, ne suffit pas. [par. 56]

La Cour d'appel voulait ainsi que seule une conduite véritablement criminelle tombe sous le coup de l'infraction.

2.3 *Historique de l'infraction au Canada*

Au Canada également, l'absence de distinction entre l'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics et le manquement à un devoir officiel a entraîné de la confusion, laquelle s'est d'abord manifestée dans *R. c. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201 (Ch. D.). M. Arnoldi était l'ingénieur mécanicien en chef du ministère des Travaux publics du Canada chargé du dragage. Ses fonctions comprenaient la vérification des comptes créditeurs. Il avait fait en sorte que son bateau et son entrepôt soient loués à des fins publiques, en les mettant au nom d'amis afin de dissimuler le fait que c'est lui qui touchait le loyer et, à titre de vérificateur, il avait faussement certifié l'exactitude des comptes.

There was no suggestion that Arnoldi was paid more than the fair price. It was therefore argued that no offence had occurred because the public had not suffered any damage. Chancellor Boyd rejected this argument:

. . . in my opinion the gravity of this administrative transgression is not to be measured by mere ascertained pecuniary results. The defendant was tempted to do what he did by the prospect of gain, — he profited by his own dereliction of duty, and to accomplish his purpose it was necessary to conceal the actual transaction. This was misbehaviour in office, which is an indictable offence at common law. [p. 209]

Boyd C. further emphasized that Arnoldi had placed himself in a conflict of interest by deliberately certifying an account he knew to be false. He reiterated his earlier comment:

The gravity of the matter is not so much in its merely profitable aspect as in the misuse of power entrusted to the defendant for the public benefit, for the furtherance of personal ends. Public example requires the infliction of punishment when public confidence has thus been abused [p. 212]

Although *Arnoldi* was a clear case of deliberate dishonesty, Boyd C. cited some of the cases dealing with neglect of duty. This was the beginning of a gradual erosion of the mental element of the modern offence of breach of trust under s. 122 of the *Criminal Code*.

In 1892, Canada enacted the Bill Respecting the Criminal Law, which came into force on July 1, 1893 as Canada's first *Criminal Code* (S.C. 1892, c. 29). Sir John Thompson, who was then the Minister of Justice, explained that the Bill was founded on Stephen's *Digest of the Criminal Law*, Burbidge's *Digest of the Criminal Law of Canada* (1889), and the Draft Code prepared by the Royal Commission on the Criminal Code in Great Britain in 1880 (*Debates of the House of Commons*, vol. XXXIV, 2nd Sess., 7th Parl., April 12, 1892, at p. 1312; A. W. Mewett, "The Criminal Law, 1867-1967" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 726, at p. 727; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 2). Burbidge's *Digest* and the Draft Code were

Il n'était pas allégué que M. Arnoldi avait touché un loyer excessif. On faisait valoir que, le public n'ayant subi aucun préjudice, il n'y avait pas eu d'infraction. Le chancelier Boyd a rejeté cet argument :

[TRADUCTION] . . . à mon avis, la gravité de cette transgression administrative ne doit pas s'évaluer par rapport aux seuls gains pécuniaires démontrés. C'est l'appât du gain qui a incité le défendeur à agir comme il l'a fait — il a tiré profit de son manquement au devoir et, pour parvenir à ses fins, il a fallu qu'il dissimule la véritable opération. Il s'est mal conduit dans l'exercice de ses fonctions, ce qui constitue un acte criminel en common law. [p. 209]

Le chancelier Boyd a ensuite souligné qu'en certifiant délibérément l'exactitude de comptes qu'il savait être faux, M. Arnoldi s'était mis en situation de conflit d'intérêts. Il a répété :

[TRADUCTION] La gravité de l'affaire ne réside pas tant dans son simple aspect profitable que dans l'abus, à des fins personnelles, du pouvoir qui a été conféré au défendeur pour le bien public. Il faut, pour l'exemple, qu'une peine soit infligée lorsque la confiance du public a ainsi été abusée . . . [p. 212]

Bien que l'affaire *Arnoldi* soit clairement un cas de malhonnêteté délibérée, le chancelier Boyd a cité certaines affaires de manquement au devoir. C'est le début de l'érosion graduelle de l'élément moral de l'infraction moderne d'abus de confiance visée à l'art. 122 du *Code criminel*.

En 1892, le Canada a adopté l'Acte concernant la loi criminelle, qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1893 comme son premier *Code criminel* (S.C. 1892, ch. 29). Sir John Thompson, alors ministre de la Justice, a expliqué que cette loi s'inspirait du *Digest of the Criminal Law* de Sir James F. Stephen, du *Digest of the Criminal Law of Canada* (1889) de Burbidge et du projet de code préparé par la Commission royale d'enquête sur le Code criminel en Grande-Bretagne en 1880 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXIV, 2^e sess., 7^e Parl., 12 avril 1892, p. 1347; A. W. Mewett, « The Criminal Law, 1867-1967 » (1967), 45 *R. du B. can.* 726, p. 727; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4^e éd. 2001), p. 2). L'ouvrage de Burbidge

themselves heavily based on the work of Sir James F. Stephen.

34 It is clear that Stephen's s. 121, "Frauds and Breaches of Trust by Officers" was included as s. 135. The language is virtually identical:

Criminal Code, 1892

135. Every public officer is guilty of an indictable offence and liable to five years' imprisonment who, in the discharge of the duties of his office, commits any fraud or breach of trust affecting the public, whether such fraud or breach of trust would have been criminal or not if committed against a private person.

Stephen's Digest of the Criminal Law

121. Every public officer commits a misdemeanor who, in the discharge of the duties of his office commits any fraud or breach of trust affecting the public, whether such fraud or breach of trust would have been criminal or not if committed against a private person.

Stephen's s. 122, "Neglect of Official Duty" was not, however, included in the new *Criminal Code*.

35 The failure to recognize and give meaning to this parliamentary choice has led to confusion in the jurisprudence. Cases under the *Criminal Code* have continued to conflate the common law offences, notwithstanding Parliament's decision not to include the offence of neglect of official duty in the *Criminal Code, 1892*. For example, in *R. v. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19 (Ont. C.A.), the court based a conviction on the fact that the acts of the accused were "premeditated, deliberate and intentional" (p. 28). Hogg J.A. went on to state, however, that the offence could be based on ordinary negligence.

36 In 1954, the section was amended to assume its present form. The amendment produced two changes: first, the words "in the discharge of the duties of his office" were changed to "in connection

et le projet de code empruntaient eux-mêmes substantiellement au travail de Sir James F. Stephen.

Il est clair que l'art. 135 a repris l'art. 121 rédigé par Sir James F. Stephen, [TRADUCTION] « Fraude et abus de confiance par un fonctionnaire ». Les deux textes ont pratiquement le même libellé :

Code criminel, 1892

135. Est coupable d'un acte criminel et passible de cinq ans d'emprisonnement, tout employé public qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet quelque fraude ou abus de confiance affectant le public, soit que cette fraude ou cet abus de confiance eût été ou n'eût pas été criminel s'il eût été commis contre un particulier.

A Digest of the Criminal Law de Sir James F. Stephen

[TRADUCTION] **121.** Est coupable d'une infraction mineure tout fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet quelque fraude ou abus de confiance affectant le public, soit que cette fraude ou cet abus de confiance eût été ou n'eût pas été criminel s'il eût été commis contre un particulier.

Cependant, l'art. 122 élaboré par Sir James F. Stephen, [TRADUCTION] « Manquement à un devoir officiel », n'a pas été incorporé dans le nouveau *Code criminel*.

La confusion dans la jurisprudence vient du fait qu'on n'a pas reconnu ce choix du législateur et qu'on ne lui a pas donné effet. Les accusations portées en vertu du *Code criminel* ont continué à confondre les infractions prévues par la common law, malgré la décision du législateur de ne pas inclure le manquement à un devoir officiel dans le *Code criminel, 1892*. Par exemple, dans *R. c. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19 (C.A. Ont.), la cour a conclu à la culpabilité de l'accusé parce que ses actes avaient été [TRADUCTION] « prémédités, délibérés et intentionnels » (p. 28). Le juge Hogg a ajouté, toutefois, que l'infraction pouvait résulter de la négligence de gravité moyenne.

Les modifications qui ont donné sa teneur actuelle à la disposition datent de 1954. Elles ont opéré deux changements : premièrement, le terme « dans l'exercice de ses fonctions » a été remplacé

with the duties of his office”; and second, the words “affecting the public” were removed (S.C. 1953-54, c. 51, s. 103). This amendment, which was part of a larger package of revisions to the *Criminal Code* in 1954, was not discussed either in the Report of the Royal Commission on the Revision of the *Criminal Code* or in the *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 22nd Parl., January 19, 1954. The only reference in the Debates states simply: “Sections 103 to 113 inclusive agreed to” (p. 1274).

Arnoldi and *McMorran* were applied in *R. v. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250 (Ont. C.A.), aff’d (1967), 2 C.R.N.S. 403 (S.C.C.). Campbell, an official of the Ontario Securities Commission, was charged with breach of trust for using his position to prevent the delisting of a company in which he had a personal interest.

Relying on *Arnoldi* and *McMorran* to overturn the trial judge’s ruling that the offence had to be committed in relation to a trust property, Wells J.A. simply stated that s. 103 of the *Criminal Code* was “wide enough to cover any breach of the appropriate standard of responsibility and conduct demanded of the accused by the nature of his office as a senior civil servant of the Crown” (p. 255). The relevant inquiry was simply “whether Campbell by reason of his dealings and actions abused the public trust and confidence which had been placed in him by his appointment as a servant of the Crown and thereby did he or did he not commit a breach of trust in relation to his office?” (p. 256). Although this was clearly a case of positive malfeasance, no more was said as to what kind of acts and what kind of mental state were required to establish breach of trust by a public officer.

The conflation of the two common law offences culminated in *Leblanc v. The Queen*, [1979] C.A. 417, aff’d [1982] 1 S.C.R. 344, where Lamer J.A. (as he then was) held that the *Criminal Code* offence of breach of trust did not require that the accused

par « relativement aux devoirs de sa charge »; deuxièmement, le terme « affectant le public » a été supprimé (S.C. 1953-54, ch. 51, art. 103). Ces modifications, qui s’inscrivaient dans une réforme plus large du *Code criminel* en 1954, n’ont été commentées ni dans le rapport de la Commission royale pour la révision du *Code criminel*, ni dans les *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 22^e lég., 19 janvier 1954. La seule mention figurant aux Débats énonce simplement : [I]es articles 103 à 113 inclusivement sont adoptés » (p. 1344).

Les décisions *Arnoldi* et *McMorran* ont été appliquées dans l’arrêt *R. c. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250 (C.A. Ont.), conf. par (1967), 2 C.R.N.S. 403 (C.S.C.). M. Campbell, un employé cadre de la Commission des valeurs immobilières de l’Ontario, a été accusé d’abus de confiance pour s’être servi de son poste afin d’empêcher la radiation d’une société dans laquelle il détenait une participation personnelle.

S’appuyant sur *Arnoldi* et *McMorran*, le juge Wells a infirmé la décision du juge du procès selon laquelle il fallait que l’infraction vise des biens détenus en fiducie, en indiquant simplement que l’art. 103 du *Code criminel* est [TRADUCTION] « assez large pour englober tout manquement aux normes de responsabilité et de conduite applicables à l’accusé en raison de la nature de sa charge de haut fonctionnaire » (p. 255). La question est simplement de savoir [TRADUCTION] « si, par ses manœuvres et ses actes, M. Campbell a abusé de la confiance du public dont il jouissait en tant fonctionnaire, commettant, ce faisant, un abus de confiance relativement aux fonctions de sa charge » (p. 256). Bien qu’il s’agisse clairement d’une action fautive positive, aucune mention n’a été faite du genre d’actes et du genre d’état d’esprit requis pour établir l’existence d’un abus de confiance par un fonctionnaire.

C’est dans l’arrêt *Leblanc c. La Reine*, [1979] C.A. 417, conf. par [1982] 1 R.C.S. 344, que la confusion entre les deux infractions prévues par la common law a atteint son point culminant. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada) y

37

38

39

[TRANSLATION] “act dishonestly or corruptly or do something illegal” (p. 419). Lamer J.A. also concluded that the 1954 change to the *Criminal Code* confirmed that public harm need not be shown.

40

In support of the proposition that no dishonesty, corruption or illegal act was required, Lamer J.A. cited *Arnoldi* as well as a passage from Sir W. O. Russell’s *Treatise on Crimes and Misdemeanors* (7th ed. 1910). The quoted passage from Russell also cited *Arnoldi* (at p. 618*b*). No mention was made of the origins of the *Criminal Code* offence in Stephen’s *Digest of the Criminal Law*, or of Parliament’s decision to enact only the offence of misfeasance in public office, which required a *mens rea* of dishonesty, corruption or oppression.

41

The court in *Leblanc*, like some of the historic sources it relied on, failed to distinguish between the common law offences of misfeasance in office and neglect of official duty. As we have seen, the first required dishonesty, corruption or oppression, the second only neglect. The first was incorporated into the Canadian *Criminal Code*; the second was not. The result was to effectively remove the *mens rea* required for misfeasance at common law, the only one of these offences to be included in the *Criminal Code*. The Quebec Court of Appeal applied *Leblanc* in *R. v. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236 (per Chevalier J. (*ad hoc*)).

42

The cumulative effect of these decisions was an offence of breach of trust that required neither injury to the public nor *mens rea*, and was “wide enough to cover any breach of the appropriate standard of responsibility and conduct demanded of the accused by the nature of his office” (*Campbell*, at p. 255).

indique que l’infraction d’abus de confiance définie au *Code criminel* n’exige pas que l’accusé « ait agi malhonnêtement, de façon corrompue ou encore qu’il ait posé un geste illégal » (p. 419). Il y conclut également que les modifications apportées au *Code criminel* en 1954 confirment qu’il n’est pas nécessaire de démontrer un préjudice causé au public.

Le juge Lamer a cité *Arnoldi* de même qu’un passage de *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (7^e éd. 1910) de Sir W. O. Russell à l’appui de son affirmation qu’il n’est pas nécessaire que l’accusé ait agi dans un but malhonnête, illégal ou dicté par la corruption. Ce passage comprend lui-même un extrait d’*Arnoldi* (p. 618*b*). Le fait que l’infraction prévue au *Code criminel* tirait son origine de *A Digest of the Criminal Law* de Sir James F. Stephen n’a pas été mentionné, non plus que la décision du législateur de ne retenir que l’infraction d’action fautive dans l’exercice d’une charge ou d’un emploi publics, laquelle nécessitait une *mens rea* de malhonnêteté, de corruption ou d’abus.

Comme certaines des sources historiques qui le fondaient, l’arrêt *Leblanc* n’a pas établi de distinction entre l’infraction d’action fautive dans l’exercice d’une charge ou d’un emploi publics prévue par la common law et celle de manquement à un devoir officiel. Comme on l’a vu, la première exigeait malhonnêteté, corruption ou abus, tandis que la seconde ne nécessitait que le manquement. La première a été incorporée au *Code criminel* canadien, mais pas la seconde, ce qui a eu pour effet de supprimer la *mens rea* exigée par la common law pour l’action fautive, la seule infraction reprise dans le *Code criminel*. La Cour d’appel du Québec a appliqué l’arrêt *Leblanc* dans *R. c. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236 (le juge Chevalier (*ad hoc*)).

Cumulativement, ces décisions ont défini une infraction d’abus de confiance qui ne nécessitait ni préjudice causé au public, ni *mens rea* et qui était [TRANSLATION] « assez large pour englober tout manquement aux normes de responsabilité et de conduite applicables à l’accusé en raison de la nature de sa charge de haut fonctionnaire » (*Campbell*, p. 255).

This brings us to *R. v. Perreault* (1992), 75 C.C.C. (3d) 425, leave to appeal dismissed, [1993] 1 S.C.R. viii, the decision of the Quebec Court of Appeal applied in the case at bar. Writing for the majority, Baudouin J.A. recognized the potentially vast application of the offence as it had been interpreted, and stressed the need for a meaningful distinction between administrative fault and criminal behaviour. He reviewed the history of the offence in an attempt to discern the elements of breach of trust. He found that the British jurisprudence was broad, but that it only prohibited conduct on the part of the official that contained that element of “blameworthiness” or “dishonesty” (p. 436). In his view, however, this jurisprudence was of limited assistance. Baudouin J.A. then attempted to make sense of the post-codification Canadian jurisprudence. As discussed, the courts had erroneously imported the broader parameters of the common law offence of neglect of official duty into the *Criminal Code* offence of breach of trust by a public officer. This led Baudouin J.A. to conclude that breach of trust under s. 122 did not require corruption. The essence of the offence, he held, lay in obtaining a benefit, either directly or indirectly, from a breach of public duty. Baudouin J.A. thus defined the elements of the offence as follows:

- (1) The accused is an official
- (2) who commits an act or omission in connection with the performance of his or her duties, and that act or omission
 - (a) is contrary to a duty imposed by law or regulation, by the accused’s contract of employment or by a guideline connected with the accused’s duties; and
 - (b) results, directly or indirectly, in a personal benefit or a derivative benefit.

He defined “benefit” broadly to include virtually any advantage to the office-holder or family members:

Cela nous amène à *Perreault c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1829, autorisation d’appel rejetée, [1993] 1 R.C.S. viii, l’arrêt de la Cour d’appel du Québec appliqué en l’espèce. Exprimant l’opinion majoritaire, le juge Baudouin a reconnu que l’interprétation de l’infraction avait conférée à celle-ci une large portée et indiqué qu’il s’imposait d’établir une distinction valable entre la faute administrative et la conduite criminelle. Il a examiné l’historique de l’infraction afin de circonscrire les éléments de l’abus de confiance. Il a conclu que la jurisprudence anglaise était large, mais qu’elle sanctionnait seulement les conduites qui, de la part du fonctionnaire, comportent l’élément de « *blameworthiness* » (culpabilité morale) ou de « *malhonnêteté* » (p. 1835) avant d’ajouter qu’à son avis, toutefois, la jurisprudence était d’une utilité limitée. Il a ensuite tenté de dégager le sens de la jurisprudence canadienne postérieure à la codification. Comme on l’a vu, les tribunaux avaient importé à tort dans l’infraction d’abus de confiance prévue par le *Code criminel* les paramètres plus larges de l’infraction d’abus de confiance par un fonctionnaire. C’est ce qui a amené le juge Baudouin à conclure que l’abus de confiance interdit à l’art. 122 n’exige pas la corruption. L’infraction consiste essentiellement, selon lui, à retirer directement ou indirectement un avantage d’un manquement à un devoir public. Il définit donc ainsi les éléments de l’infraction :

- (1) l’accusé est un fonctionnaire :
- (2) qui commet un acte ou une omission dans le cadre de ses fonctions, lequel :
 - a) est contraire à un devoir imposé par la loi, un règlement, son contrat d’emploi ou une directive relative à ses fonctions,
 - b) rapporte, directement ou indirectement, un bénéfice personnel ou dérivé.

Il donne une définition large à « *bénéfice* », englobant presque tout avantage reçu par le fonctionnaire ou par des membres de sa famille :

[TRANSLATION] The act done must give him a personal benefit directly (for example: pecuniary compensation, an advantage in kind, in services, etc.) or indirectly (for example: an advantage to his spouse, a member of his family, or even in certain cases third person). This benefit may be direct (for example: the payment of an amount of money) or indirect (for example: the hope of a promotion, the desire to please a superior). [p. 442]

45 The benefit requirement proposed in *Perreault* has not been uniformly accepted: see *R. v. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96, where the Court of Appeal declined to pronounce on the issue. Where it has been applied, difficulties have arisen. Uncertainty also persists as to whether the benefit need actually be obtained or merely pursued, and the dissenting opinion of Dalphond J.A. in the instant case raises the issues of whether every benefit, no matter how small, brings a public official within s. 122.

46 The main area of uncertainty since *Perreault*, however, concerns the *mens rea* of the offence. The *mens rea* was not addressed in *Perreault*. In *R. v. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110, the Nova Scotia Court of Appeal held that whether the offence has been committed must be determined objectively: “would the acts under examination appear wrongful in the eyes of reasonable persons in full possession of the facts?” (para. 13). In *R. v. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548 (B.C.S.C.), however, Bennett J. rejected the reasonable person standard as being too low for criminal sanction, suggesting that the *mens rea* of the offence must at a minimum be subjective foresight of the receipt of the benefit.

2.4 *The Canadian Offence of Breach of Trust Revisited*

47 We are faced with the task of defining the *mens rea* and the *actus reus* of the Canadian offence of breach of trust by a public officer as set out in s. 122. The matter is important. Charges that public officials have misconducted themselves are not uncommon. This is an offence that carries serious consequences upon conviction including loss

... un bénéfice personnel (par exemple une compensation pécuniaire, un avantage en nature, en services ou autres) ou dérivé (par exemple, un avantage à son conjoint, un membre de sa famille ou même, dans certains cas, un tiers). Ce bénéfice peut être direct (par exemple, le paiement d'une somme d'argent) ou indirect (par exemple, l'espoir d'une promotion, le désir de plaire à un supérieur). [p. 1839]

L'exigence d'un avantage énoncée dans *Perreault* n'a pas été uniformément acceptée : voir l'arrêt *R. c. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96, dans lequel la Cour d'appel a refusé de se prononcer sur la question. Lorsqu'elle a été appliquée, elle a suscité des difficultés. On ne sait toujours pas avec certitude non plus s'il faut que le fonctionnaire ait touché un avantage réel ou s'il suffit qu'il ait cherché à l'obtenir et, dans sa dissidence en l'espèce, le juge Dalphond se demande si n'importe quel avantage, si minime soit-il, suffit pour qu'il y ait abus de confiance par un fonctionnaire au sens de l'art. 122.

Toutefois, la plus grande incertitude qui subsiste après l'arrêt *Perreault* se rapporte à la *mens rea* de l'infraction. La question n'a pas été abordée dans *Perreault*. Dans *R. c. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que l'appréciation devait être objective : [TRANSLATION] « une personne raisonnable bien informée des faits estimerait-elle que les actes en cause sont fautifs? » (par. 13). Dans *R. c. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548 (C.S.C.-B.), par contre, la juge Bennett a écarté le critère de la personne raisonnable, ne l'estimant pas assez exigeant pour entraîner une sanction criminelle et a indiqué que la *mens rea* devait au moins consister en la prévision subjective qu'un avantage pourrait être tiré.

2.4 *Réexamen de l'infraction d'abus de confiance au Canada*

Nous avons à définir la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction d'abus de confiance prévue à l'art. 122. La question est d'importance. Il n'est pas rare, en effet, qu'on reproche à des fonctionnaires de s'être mal conduits. De plus, être déclaré coupable de cette infraction entraîne de lourdes conséquences, dont la perte de réputation et le risque

of reputation and the risk of lengthy imprisonment. Public officers, like other members of the public, are entitled to know where the line lies that distinguishes administrative fault from criminal culpability.

The point of departure for defining the Canadian offence is a recognition that two distinct offences existed at common law — misfeasance in office and neglect of official duty — and that only the first, misfeasance in office as set out by Stephen, was incorporated into the *Criminal Code* in 1893. It follows that the *mens rea* and the *actus reus* of s. 122 must be determined by reference to the common law authorities on misfeasance in public office, not those relating to the different offence of neglect of official duty.

2.4.1 *Actus Reus*

As the early cases make clear, the *actus reus* of the offence of breach of trust defies precise definition because of the range of conduct that it is designed to cover. In *Perreault*, Baudouin J.A. held that, subject to the benefit requirement, s. 122 of the *Criminal Code* could be triggered by any act or omission contrary to a duty imposed by law or regulation, by the accused's contract of employment or by a guideline connected with the accused's duties. This echoes the earlier decision in *Campbell* to the effect that the offence was “wide enough to cover any breach of the appropriate standard of responsibility and conduct demanded of the accused by the nature of his office as a senior civil servant of the Crown” (p. 255).

Any attempt to limit the offence to specific acts or omissions would undoubtedly fail to foresee all the circumstances in which an official might breach the public's trust. That being said, it cannot be that *every* breach of the appropriate standard of conduct, no matter how minor, will engender a breach of the public's trust. For example, the personal use of an office computer might be contrary

de longues peines d'emprisonnement. Comme les autres citoyens, les fonctionnaires ont le droit de savoir où se trouve la ligne de démarcation entre la faute administrative et l'acte criminel.

Pour déterminer la teneur de l'infraction au Canada, il faut d'abord reconnaître l'existence de deux infractions distinctes en common law — l'action fautive dans l'exercice de ses fonctions et le manquement à un devoir officiel — et le fait que seule la première, définie par Sir James F. Stephen, a été incorporée au *Code criminel* en 1893. Il s'ensuit qu'il faut déterminer la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 122 selon la jurisprudence et la doctrine de common law relatives à l'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics et non selon celles relatives à l'infraction de manquement à un devoir officiel, qui est différente.

2.4.1 *Actus Reus*

Il ressort clairement des premières décisions que la multitude de conduites visées par l'abus de confiance rend difficile la définition de l'*actus reus* de l'infraction. Dans *Perreault*, le juge Baudouin a conclu que, sous réserve de l'exigence d'un bénéfice, tout acte ou omission contraire à un devoir imposé par la loi, un règlement, le contrat d'emploi ou une directive relative aux fonctions de la charge ou de l'emploi pouvait entraîner l'application de l'art. 122 du *Code criminel*. Cela va dans le sens de l'arrêt *Campbell*, rendu antérieurement, selon lequel l'infraction est [TRADUCTION] « assez large pour englober tout manquement aux normes de responsabilité et de conduite applicables à l'accusé en raison de la nature de sa charge de haut fonctionnaire » (p. 255).

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

48

49

50

to an employment guideline yet not rise to the level of a breach of trust by a public officer. Such a low threshold would denude the concept of breach of trust of its meaning. It would also overlook the range of regulations, guidelines and codes of ethics to which officials are subject, many of which provide for serious disciplinary sanctions.

51 It is also important to keep in mind that breach of trust is not the only criminal offence to which public officials are subject. For example, s. 121(1)(c) makes it a crime for an official or employee of the government to accept a commission, reward, advantage or benefit from anyone who has dealings with the government. A public official can be prosecuted for fraud under s. 122 as well as under s. 380. Moreover, like all members of the public, a public official can be prosecuted for any criminal offence, including theft (s. 334), extortion (s. 346), obstruction of justice (s. 139) and, in situations like *Dytham*, criminal negligence causing death (s. 220) or bodily harm (s. 221). What purpose, beyond these offences, is s. 122 of the *Criminal Code* intended to serve?

52 The purpose of the offence of misfeasance in public office, now known as the s. 122 offence of breach of trust by a public officer, can be traced back to the early authorities that recognize that public officers are entrusted with powers and duties for the public benefit. The public is entitled to expect that public officials entrusted with these powers and responsibilities exercise them for the public benefit. Public officials are therefore made answerable to the public in a way that private actors may not be. This said, perfection has never been the standard for criminal culpability in this domain; “mistakes” and “errors in judgment” have always been excluded. To establish the criminal offence of breach of trust by a public officer, more is required. The conduct at issue, in addition to being carried out with the requisite *mens rea*, must be sufficiently serious to move it from the realm of administrative fault to that of criminal behaviour.

que l'utilisation de l'ordinateur de bureau à des fins personnelles aille à l'encontre d'une ligne directrice relative à l'emploi, mais ce n'est pas du même ordre que l'abus de confiance. La notion d'abus de confiance par un fonctionnaire perdrait son sens si le seuil était placé aussi bas. Un tel seuil ne tiendrait pas compte non plus des règlements, lignes directrices et codes d'éthique auxquels les fonctionnaires sont assujettis et dont beaucoup prévoient de lourdes sanctions disciplinaires.

Il importe également de se rappeler que l'abus de confiance n'est pas la seule infraction criminelle visant les fonctionnaires. Par exemple, selon l'al. 121(1)c), commet une infraction le fonctionnaire ou l'employé de l'État qui accepte d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice. Un fonctionnaire peut être poursuivi pour fraude en vertu de l'art. 122 ou en vertu de l'art. 380. De plus, il peut, comme n'importe qui d'autre, être poursuivi pour toute infraction criminelle, dont le vol (art. 334), l'extorsion (art. 346) et l'entrave à la justice (art. 139) et, dans des circonstances comme celles de *Dytham*, la négligence criminelle causant la mort (art. 220) ou des lésions corporelles (art. 221). Quel est l'objet de l'art. 122 du *Code criminel*, autre que celui de ces autres infractions?

L'objet de l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics — qui est maintenant l'abus de confiance par un fonctionnaire prévu à l'art. 122 — remonte aux anciennes jurisprudences et doctrines qui reconnaissent que les attributions des fonctionnaires leur sont confiées pour le bien public. Le public a le droit de s'attendre à ce que les fonctionnaires investis de ces pouvoirs et responsabilités s'acquittent de leurs fonctions pour le bien public. Les fonctionnaires doivent répondre de leurs actions devant le public d'une façon qui ne s'impose peut-être pas aux acteurs privés. Toutefois, cela n'a jamais voulu dire qu'ils étaient tenus à la perfection sous peine d'être déclarés coupables d'actes criminels; les « simples erreurs » et les « erreurs de jugement » ont toujours été exclues de l'infraction. Il faut davantage pour établir l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire. La conduite en cause doit s'accompagner de la *mens*

This concern is clearly reflected in the seriousness requirement of *Shum Kwok Sher* and the *Attorney General's Reference*. What is required is “conduct so far below acceptable standards as to amount to an abuse of the public’s trust in the office holder” (*Attorney General's Reference*, at para. 56). As stated in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, “[t]he law does not lightly brand a person as a criminal” (p. 59).

The questions posed by Sir Anthony Mason of the Court of Final Appeal of Hong Kong in *Shum Kwok Sher* provide a sound definition of the parameters of the inquiry into whether the conduct constitutes a marked departure from accepted standards. The inquiry must take place against the background of the responsibilities of the office and the importance of the public objects they serve:

Whether it is serious misconduct in this context is to be determined having regard to the responsibilities of the office and the officeholder, the importance of the public objects which they serve and the nature and extent of the departure from those responsibilities. [Emphasis added; para. 86.]

The test to be met in the inquiry is analogous to the test for criminal negligence. As in cases of breach of trust by a public officer, it became necessary in criminal negligence cases to distinguish conduct sufficient to attract criminal sanction from less serious forms of conduct meriting civil or administrative sanction. To make this distinction, the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533, that the conduct must represent a “marked” departure from prudent conduct. The Supreme Court of Canada confirmed this approach in cases involving dangerous driving of a motor vehicle, stating that the conduct must represent a “marked” departure from the standard of care of a reasonable person in all the circumstances of the case: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867. Similarly, the public official’s conduct must represent a “marked” departure from the standards expected of an individual in the accused’s position

rea requise et elle doit aussi être suffisamment grave pour passer du domaine de la faute administrative à celui du comportement criminel. Cette préoccupation se reflète clairement dans l’exigence de gravité énoncée dans *Shum Kwok Sher* et dans *Attorney General's Reference*. Il faut [TRADUCTION] « une conduite si éloignée des normes acceptables qu’elle équivaut à un abus de la confiance du public envers le titulaire de la charge ou de l’emploi publics » (*Attorney General's Reference*, par. 56). Comme il est mentionné dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, « [e]n droit, nul n’est inconsidérément qualifié de criminel » (p. 59).

Les questions posées dans *Shum Kwok Sher* par Sir Anthony Mason, de la Cour de dernier ressort de Hong Kong, définissent bien les paramètres de l’examen à effectuer pour déterminer si la conduite s’écarte substantiellement des normes reconnues. Cet examen doit tenir compte des responsabilités de la charge ou de l’emploi et de l’importance des fins publiques poursuivies :

[TRADUCTION] La gravité, dans le présent contexte, s’évalue compte tenu des responsabilités de la charge, ou de l’emploi, et de son titulaire, de l’importance des fins publiques auxquelles elles s’attachent ainsi que de la nature et de la portée du manquement à ces responsabilités. [Je souligne; par. 86.]

Le critère applicable dans cet examen est analogue à celui se rapportant à la négligence criminelle. Relativement à cette dernière infraction, il a fallu, comme pour l’abus de confiance par un fonctionnaire, distinguer la conduite suffisamment grave pour mériter une sanction criminelle de la conduite moins grave, exposant simplement à une sanction civile ou administrative. Pour établir cette distinction, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé, dans *R. c. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533, qu’il doit s’agir d’une conduite s’écartant [TRADUCTION] « de façon marquée » d’une conduite prudente. La Cour suprême du Canada a entériné ce raisonnement dans des affaires de conduite dangereuse, affirmant que le comportement en cause doit représenter un écart « marqué » par rapport à la norme de diligence qu’observerait une personne raisonnable, compte tenu de l’ensemble des circonstances : *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867. De même, il faut

53

54

of public trust. However, unlike criminal negligence, the offence of breach of trust by a public officer also has a subjective mental element, to which I now turn.

2.4.2 *Mens Rea*

55 In the early common law cases, the mental element of misfeasance in public office was imprecise and varied from case to case. However, common law judges consistently insisted on the presence of some variant of nefarious or dishonest intent. This was described using different terms: dishonesty, corruption, partiality and oppression. All reflected a central concern: that public officials, entrusted with duties for the benefit of the public, carry out those duties honestly and for the benefit of the public, and that they not abuse their offices for corrupt or improper purposes.

56 Consistent with fundamental criminal law principles, the bar for mental culpability for the offence of public misfeasance was an elevated one. Mistakes did not suffice. Nor did errors of judgment. To quote Abbott C.J. in *Borron*:

... the question has always been, not whether the act done might, upon full and mature investigation, be found strictly right, but from what motive it had proceeded; whether from a dishonest, oppressive, or corrupt motive, under which description, fear and favour may generally be included, or from mistake or error. In the former case, alone, they have become the objects of punishment. [pp. 721-22]

In principle, the *mens rea* of the offence lies in the intention to use one's public office for purposes other than the benefit of the public. In practice, this has been associated historically with using one's public office for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose, each of which embodies the non-public purpose with which the offence is concerned.

que la conduite d'un fonctionnaire s'écarte de façon « marquée » des normes auxquelles une personne placée dans un poste de confiance comme le sien est censée se conformer. Toutefois, contrairement à la négligence criminelle, l'abus de confiance par un fonctionnaire nécessite un élément moral subjectif, que je vais maintenant examiner ci-après.

2.4.2 *Mens Rea*

Dans les anciennes affaires de common law, l'élément moral de la faute dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics était imprécis et il variait d'une affaire à l'autre. Cependant, les juges des tribunaux de common law ont toujours insisté sur l'existence d'une quelconque intention vile ou malhonnête. Celle-ci est décrite sous différents termes : malhonnêteté, corruption, partialité, abus. Mais ces termes expriment tous le même souci, à savoir que les fonctionnaires, investis de fonctions à accomplir pour le bien public, s'en acquittent honnêtement et dans l'intérêt public et qu'ils n'abusent pas de leur charge pour des motifs illicites, notamment la corruption.

Conformément aux principes fondamentaux du droit criminel, le degré de culpabilité morale requis était élevé dans le cas de l'action fautive commise dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics. Les simples erreurs n'étaient pas suffisantes, les erreurs de jugement non plus. Comme le juge en chef Abbott l'a écrit dans *Borron* :

[TRADUCTION] ... il s'agit toujours de se demander non pas si les actes accomplis peuvent être jugés strictement corrects après examen approfondi, mais bien quels en étaient les fondements : procédaient-ils d'un motif de malhonnêteté, d'abus ou de corruption — description pouvant généralement comprendre la crainte et le favoritisme — ou de simples erreurs? Ce n'est que dans le premier cas qu'ils donnent ouverture à châtiement. [p. 721-722]

En principe, la *mens rea* de l'infraction réside dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à d'autres fins que l'intérêt public. En pratique, elle a toujours été associée au fait d'en user dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus, lesquels représentent le motif non public visé par l'infraction.

As with any offence, the *mens rea* is inferred from the circumstances. An attempt by the accused to conceal his or her actions may often provide evidence of an improper intent: *Arnoldi*. Similarly, the receipt of a significant personal benefit may provide evidence that the accused acted in his or her own interest rather than that of the public. However, the fact that a public officer obtains a benefit is not conclusive of a culpable *mens rea*. Many legitimate exercises of public authority or power by a public servant confer incidental advantages on the actor. As Widgery J. (as he then was) stated in *R. v. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. R. 4, at p. 7:

... I would not be prepared to say that it would be misconduct for this purpose for a registrar to make a decision which did affect his personal interests, merely because he knew that his interests were so involved, if the decision was made honestly and in a genuine belief that it was a proper exercise of his jurisdiction so far as the beneficiaries and other persons concerned came into it. [Cited by Widgery L.C.J. in *Dytham*, at p. 394.]

Conversely, the offence may be made out where no personal benefit is involved.

2.4.3 Summary of the Offence

I conclude that the offence of breach of trust by a public officer will be established where the Crown proves beyond a reasonable doubt the following elements:

1. The accused is an official;
2. The accused was acting in connection with the duties of his or her office;
3. The accused breached the standard of responsibility and conduct demanded of him or her by the nature of the office;
4. The conduct of the accused represented a serious and marked departure from the standards expected of an individual in the accused's position of public trust; and
5. The accused acted with the intention to use his or her public office for a purpose other than

Comme pour toute infraction, la *mens rea* s'infère des circonstances. La tentative de l'accusé de camoufler ses actions peut souvent indiquer une intention illicite (*Arnoldi*) et l'obtention d'un avantage personnel substantiel, que l'accusé a agi dans son propre intérêt plutôt que dans celui du public. Cependant, un avantage obtenu par un fonctionnaire ne permet pas nécessairement de conclure à l'existence d'une intention coupable. L'exercice légitime d'un pouvoir public par un fonctionnaire confère souvent des avantages indirects. Comme le juge Widgery (plus tard Juge en chef) l'a signalé dans *R. c. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. Rep. 4, p. 7 :

[TRADUCTION] ... je ne suis pas disposé à affirmer qu'un greffier rendant une décision qui a effectivement influé sur ses intérêts personnels est coupable d'inconduite simplement parce qu'il savait que ses intérêts étaient en cause, s'il a pris la décision honnêtement en croyant sincèrement qu'il exerçait correctement sa compétence pour ce qui est des bénéficiaires et des autres personnes visées. [Cité par le lord juge en chef Widgery dans *Dytham*, p. 394.]

Par contre, l'infraction peut être établie lorsqu'il n'est pas question d'avantage personnel.

2.4.3 Résumé de l'infraction

Je conclus qu'il y aura preuve d'abus de confiance par un fonctionnaire lorsque le ministère public aura prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments suivants :

1. l'accusé est un fonctionnaire;
2. l'accusé agissait dans l'exercice de ses fonctions;
3. l'accusé a manqué aux normes de responsabilité et de conduite que lui impose la nature de sa charge ou de son emploi;
4. la conduite de l'accusé représente un écart grave et marqué par rapport aux normes que serait censé observer quiconque occuperait le poste de confiance de l'accusé;
5. l'accusé a agi dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à des fins

the public good, for example, for a dishonest, partial, corrupt, or oppressive purpose.

autres que l'intérêt public, par exemple dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus.

3. Application

3. Application

59 Mr. Boulanger, director of public security, was charged with the offence of breach of trust by a public officer under s. 122 of the *Criminal Code* for using his authority to order a subordinate officer to prepare a supplementary accident report on an accident involving his daughter which, when forwarded to his insurance company, resulted in cancellation of an insurance deductible of \$250.

M. Boulanger, directeur de la sécurité publique, a été accusé de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire prévue à l'art. 122 du *Code criminel* pour avoir usé de son autorité pour ordonner à un agent de police sous ses ordres de préparer un rapport complémentaire concernant l'accident dans lequel sa fille était impliquée, rapport qui, une fois transmis à son assureur, lui a évité de payer la franchise de 250 \$.

60 Relying on *Perreault*, both the trial judge and the majority of the Court of Appeal determined the matter based simply on the receipt of a benefit and did not inquire further into the accused's *mens rea* or into the seriousness of the accused's conduct.

Se fondant sur *Perreault*, la juge du procès ainsi que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tranché l'affaire en tenant compte uniquement du fait que l'accusé avait retiré un avantage et n'ont pas examiné plus en détail sa *mens rea* ou la gravité de sa conduite.

61 As noted at the outset, it is clear that Mr. Boulanger is an official. In asking Constable Stephens, a subordinate officer, to prepare a supplementary report, he was acting in connection with the duties of his office. He was also pursuing a personal interest contrary to s. 9 of the *Code of ethics of Québec police officers*, (1990) 122 G.O. 28, 1760, which required him to perform his duties disinterestedly.

Comme je l'ai indiqué dès le début, M. Boulanger est un fonctionnaire. Lorsqu'il a demandé à l'agent Stephens, un de ses subordonnés, de préparer un rapport complémentaire, il agissait dans le cadre de ses fonctions. Il cherchait également à satisfaire un intérêt personnel, ce qui va à l'encontre de l'art. 9 du *Code de déontologie des policiers du Québec*, (1990) 122 G.O. 28, 2531, lequel prescrit aux policiers d'exercer leurs fonctions avec désintéressement.

62 While this may be enough to bring Mr. Boulanger within the ambit of disciplinary action, as we have seen, the criminal offence of breach of trust by a public officer requires more. Specifically, it requires Mr. Boulanger to have acted with the intention to use his public office for a purpose other than the public good, for example for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose which, along with his actions, represents a serious and marked departure from the standards expected of an individual in his position.

Bien que ce geste puisse être suffisant pour exposer M. Boulanger à des mesures disciplinaires, l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire nécessite davantage, comme nous l'avons vu. Elle exige, plus précisément, que M. Boulanger ait agi dans l'intention d'user de sa charge publique dans un objectif autre que l'intérêt public, par exemple, dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus qui, joint à ses actes, représente un écart grave et marqué par rapport aux normes qu'une personne dans sa situation serait censée observer.

63 I turn first to *mens rea*. The question is whether the evidence establishes an intention to use his

J'aborde maintenant la *mens rea*. Il s'agit de savoir si les faits prouvent l'existence de l'intention

public office for a purpose other than the public good, for example, for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose. The trial judge found that the evidence supported the good faith of both Mr. Boulanger and Constable Stephens (para. 100). Specifically, she concluded that the report accorded with the preponderance of evidence relating to the accident, that it was not falsified, and that the accused did not ask or obtain a supplementary report with the intent of misleading the insurance company (paras. 97-99). Indeed, she expressly labelled Mr. Boulanger's conduct as an error in judgment (para. 108). Moreover, as Dalphond J.A. noted, the facts as found demonstrate no attempt whatsoever to conceal.

It is true that Mr. Boulanger knew that he would benefit from Constable Stephens' report. This alone does not, however, establish a culpable state of mind. For example, as discussed, it is not misconduct to make a decision knowing it furthers one's personal interests, if the decision is made honestly and in the belief that it is a proper exercise of the public power the official enjoys: *Dytham*. Mr. Boulanger's private purpose did not seek to undermine the public good. Had Mr. Boulanger instructed Constable Stephens to put a particular content into the report, that might have amounted to using his office in a way that betrayed the public trust. But Mr. Boulanger did not do this. Constable Stephens testified that the report contained his own opinion about the responsibility of Alexandra Boulanger for the accident (trial judgment, at para. 51). He further testified that he never felt any pressure or obligation to write the report (trial judgment, at para. 52). As noted, the trial judge concluded that the report accorded with the preponderance of evidence relating to the accident, that it was not falsified, and that Mr. Boulanger did not ask or obtain a supplementary report with the intent of misleading the insurance company (paras. 97-99). In these circumstances, it is not clear that Mr. Boulanger's intention was to betray the public trust reposed in him.

As a check, it may be asked whether Mr. Boulanger's intention rose to the level of

d'user de sa charge publique dans un but autre que l'intérêt public, par exemple dans un dessein de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus. Selon la juge du procès, la preuve étaye la conclusion que M. Boulanger et l'agent Stephens étaient tous deux de bonne foi (par. 100). Elle a conclu, plus précisément, que le rapport concordait avec la preuve prépondérante relative à l'accident et n'avait pas été falsifié et que l'accusé n'avait pas demandé ou obtenu le rapport complémentaire dans l'intention de tromper l'assureur (par. 97-99). En fait, elle a expressément qualifié la conduite de M. Boulanger d'erreur de jugement (par. 108). De plus, comme le juge Dalphond l'a relevé, les faits démontrent qu'il n'y a eu aucune tentative de dissimulation.

Il est vrai que M. Boulanger savait qu'il retirerait un avantage du rapport de l'agent Stephens. Mais cela ne suffit pas pour établir un état d'esprit coupable. Par exemple, comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas d'inconduite lorsque l'intéressé rend une décision sachant qu'elle favorise ses intérêts personnels, s'il a pris la décision honnêtement en croyant sincèrement qu'il exerce correctement le pouvoir que lui confère sa charge ou son emploi publics : voir *Dytham*. M. Boulanger n'avait pas comme objectif privé de miner l'intérêt public. S'il avait demandé à l'agent Stephens de mettre certaines choses dans le rapport, cela reviendrait à user de sa charge d'une manière qui trahit la confiance du public. Mais il ne l'a pas fait. L'agent Stephens a témoigné que le rapport exposait sa propre opinion au sujet de la responsabilité d'Alexandra Boulanger dans l'accident (jugement de première instance, par. 51). Il a ajouté qu'il n'a jamais senti de pression ni d'obligation pour la rédaction du rapport (jugement de première instance, par. 52). Comme nous l'avons indiqué, la juge du procès a conclu que le rapport concordait avec la preuve prépondérante relative à l'accident et n'avait pas été falsifié et que M. Boulanger n'avait pas demandé ou obtenu le rapport complémentaire dans l'intention de tromper l'assureur (par. 97-99). Dans ces circonstances, il ne ressort pas clairement que l'intention de M. Boulanger était de trahir la confiance du public dont il jouissait.

À titre de vérification, on peut se demander si l'intention de M. Boulanger atteint le degré de

64

65

culpability traditionally required by the common law for the offence of breach of trust — for example, whether he acted for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose. Dishonesty, corruption and oppression were clearly not made out. Nor, arguably, was partiality. “Partiality” denotes an “unfair bias in favour of one thing . . . compared with another”: *The New Oxford Dictionary of English* (1998), at p. 1352. Mr. Boulanger’s intention was to have Constable Stephens make a complete report, not to skew it in one direction or another.

66 I conclude that the facts as found raise a reasonable doubt that the *mens rea* necessary for conviction under s. 122 of the *Criminal Code* was established.

67 What is clear is that the *actus reus* was not made out on the facts as found by the trial judge. The majority of the Court of Appeal held that the proper course of conduct in this case would have been for the accused to have his insurer communicate directly with Constable Stephens (para. 70). Nevertheless, the course of action chosen by the accused cannot be said to represent a marked departure from the course of action he should have taken. Rather, as the trial judge put it, Mr. Boulanger’s conduct was simply an error in judgment (para. 108). Considering all of the circumstances of this case, I conclude that Mr. Boulanger’s actions do not rise to the level of seriousness required to establish the *actus reus* of the offence of breach of trust by a public officer.

4. Conclusion

68 I conclude that the appeal should be allowed, the conviction overturned and an acquittal entered.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Rochefort & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General’s Prosecutor of Quebec, Longueuil.

culpabilité habituellement requis en common law pour qu’il y ait abus de confiance — par exemple s’il a agi dans un dessein de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d’abus. La malhonnêteté, la corruption et l’abus n’ont pas été clairement prouvés. On peut dire la même chose de la partialité. La partialité s’entend de la « disposition à accorder une préférence injustifiée » : *Trésor de la langue française*, t. 12, 1986, p. 1053. L’intention de M. Boulanger est de faire rédiger un rapport complet par l’agent Stephens, et non de dévier dans un sens ou dans l’autre.

Je conclus que les faits présentés soulèvent un doute raisonnable quant à l’existence de la *mens rea* requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en vertu de l’art. 122 du *Code criminel*.

Il ressort clairement des faits dont la juge du procès a été saisie que l’*actus reus* n’a pas été établi. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’accusé aurait dû laisser son assureur communiquer directement avec l’agent Stephens (par. 70). Toutefois, on ne peut dire que la conduite de l’accusé représente un écart marqué par rapport à celle qu’il aurait dû adoptée. Comme l’a indiqué la juge du procès, il s’agit plutôt d’une erreur de jugement de la part de M. Boulanger (par. 108). Compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’affaire, je conclus que les actions de M. Boulanger n’atteignent pas le degré de gravité requis pour établir l’*actus reus* de l’abus de confiance par un fonctionnaire.

4. Conclusion

Je conclus qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité et de prononcer l’acquiescement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l’appellant : Rochefort & Associés, Montréal.

Procureur de l’intimée : Substitut du procureur général du Québec, Longueuil.