

MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC

*Projet de loi n° 108 – Loi favorisant la surveillance des
contrats des organismes publics et instituant l’Autorité
des marchés publics*

6 octobre 2016

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Le Barreau du Québec remercie les membres consultés :

M^e William Atkinson, Ad. E., membre du Barreau du Québec
M^e Giuseppe Battista, Ad. E., président du Comité en droit criminel
M^e Claude Beaulieu, membre du Comité en droit criminel
M^e Jules Brière, membre du Barreau du Québec
M^e Sylvie Champagne, directrice du Contentieux du Barreau du Québec
M^e Pierre Delisle c.r., Ad. E., membre du Comité sur le droit municipal
M^e Nancy Demers, membre du Barreau du Québec
M^e Lucie Joncas, membre du Comité en droit criminel
M^e Marc Lalonde, membre du Comité sur le droit municipal
M^e André Lemay, membre du Barreau du Québec
M^e Pascal Levesque, membre du Comité en droit criminel
M^e Justine Provencher, membre du Comité sur le droit municipal
M^e Gaston Saucier, membre du Comité sur le droit municipal
M^e Jean-Pierre St-Amour, membre du Comité sur le droit municipal
M^e Yves Tourangeau, membre du Barreau du Québec
M^e Mario Welsh, membre du Barreau du Québec

Le secrétariat de cette consultation est assuré par le Service de recherche et législation du Barreau du Québec :

M^e Réa Hawi

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
COMMENTAIRES.....	1
1. LA NOMINATION DU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL ET DES VICE-PRÉSIDENTS.....	1
A) LA COMPOSITION DU COMITÉ DE SÉLECTION (ART. 4)	1
B) LES CONDITIONS MINIMALES (ART. 5).....	2
2. L'APPLICATION DES RÈGLES D'ÉTHIQUE AU PRÉSIDENT-DIRECTEUR GÉNÉRAL ET AUX VICE-PRÉSIDENTS (ART. 16).....	2
3. LE POUVOIR DE VÉRIFICATION (ART. 23).....	3
4. LA COMPOSITION DES COMITÉS DE SÉLECTION QUI PEUT ÊTRE APPROUVÉE PAR L'AMP (ART. 27, PAR. 5).....	3
5. LES DÉLAIS POUR DÉPOSER ET TRAITER LES PLAINTES (ART. 33 À 37, 42 ET 44).....	3
6. LA PROTECTION ACCORDÉE AUX PLAIGNANTS ET AUX DÉNONCIATEURS (ART. 47, 48, 55 À 57 ET 159).....	4
CONCLUSION	7

INTRODUCTION

Le Barreau du Québec a pris connaissance avec intérêt du projet de loi n° 108 intitulé *Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics* (ci-après « projet de loi ») et souhaite vous faire part de ses commentaires.

Le Barreau comprend que le projet de loi répond à la recommandation 1 du Rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (ci-après « CEIC »)¹, soit de doter le Québec d'une Autorité des marchés publics pour assurer une surveillance permanente des processus d'octroi et de gestion des contrats publics.

Le Barreau salue ce projet de loi par lequel le gouvernement met en place des mesures pour identifier, enrayer et prévenir la collusion et la corruption dans l'octroi et la gestion des contrats publics. La création de l'Autorité des marchés publics (ci-après l'« AMP ») est une étape importante dans la lutte continue contre la fraude, la corruption et la collusion et permettra d'encadrer le processus de manière efficace et d'agir en amont.

COMMENTAIRES

1. La nomination du président-directeur général et des vice-présidents

a) La composition du comité de sélection (art. 4)

L'article 4 du projet de loi prévoit le processus de nomination du président-directeur général et des vice-présidents de l'AMP :

« 4. Le gouvernement nomme le président-directeur général et, pour l'assister, des vice-présidents au nombre qu'il fixe.

Le président-directeur général et les vice-présidents sont choisis parmi une liste de personnes qui ont été déclarées aptes à exercer ces charges par un comité de sélection formé pour la circonstance. »

La composition du comité de sélection qui sera chargé d'établir une liste de personnes pouvant être nommées aux postes de président-directeur général et de vice-présidents est inconnue. Pour plus de certitude et pour inspirer davantage confiance au public, il y aurait lieu d'apporter des précisions concernant la composition de ce comité de sélection dont le rôle est fort important.

¹ Rapport de la CEIC, en ligne :

https://www.ceic.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/fichiers/Rapport_final/Rapport_final_CEIC_Integral_c.pdf.



b) Les conditions minimales (art. 5)

L'article 5 prévoit les conditions minimales pour être nommé président-directeur général ou vice-président et pour maintenir cette charge :

« 5. Les conditions minimales pour être nommé président-directeur général ou vice-président ainsi que pour maintenir cette charge sont les suivantes :

1° être de bonnes mœurs;

2° ne pas avoir été reconnu coupable, en quelque lieu que ce soit, d'une infraction pour un acte ou une omission qui constitue une infraction au Code criminel (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-46) ou une infraction visée à l'article 183 de ce code créée par l'une des lois qui y sont énumérées, ayant un lien avec l'emploi. »

Le Barreau suggère d'ajouter des conditions concernant l'absence de contravention à certaines dispositions pénales incompatibles avec le degré élevé d'intégrité requis pour exercer de telles fonctions et, pour les personnes membres d'un ordre professionnel, concernant l'absence de dossier disciplinaire. Ainsi, on devrait ajouter les infractions pénales importantes au paragraphe 2 de l'article 5, ainsi que les infractions visées dans des lois provinciales, par exemple les infractions aux lois électorales et fiscales.

En outre, on devrait ajouter les conditions suivantes : ne pas faire ou ne pas avoir fait l'objet d'une sanction disciplinaire au sein d'un ordre professionnel, ne pas faire ou ne pas avoir fait cession de ses biens ou être ou avoir été sous le coup d'une ordonnance de séquestre prononcée en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et ne pas faire l'objet ou ne pas avoir fait l'objet d'une décision de l'Autorité des marchés financiers au sens de l'article 151.0.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* pour l'une ou l'autre des situations qui y sont décrites.

2. L'application des règles d'éthique au président-directeur général et aux vice-présidents (art. 16)

L'article 16 du projet de loi se lit comme suit :

« 16. L'Autorité détermine par règlement les règles d'éthique et les sanctions disciplinaires applicables aux membres du personnel. » (nous soulignons)

Il n'est pas clair si le président-directeur général et les vice-présidents sont considérés des « membres du personnel » aux fins de l'article 16. À la lecture de certains articles, par exemple les articles 8(2) et 10, on remarque que ces derniers distinguent le président-directeur général et les vice-présidents des membres du personnel, ce qui pourrait nous amener à conclure que le président-directeur général et les vice-présidents ne sont pas visés à l'article 16. Pourtant, les règles d'éthique devraient également être applicables au président-directeur général et aux vice-présidents qui forment la haute direction. Il y aurait lieu de revoir le libellé de cet article.

3. Le pouvoir de vérification de l'AMP (art. 23)

L'article 23 du projet de loi donne à « toute personne autorisée » certains pouvoirs dans le cadre d'une vérification. Par exemple, le paragraphe 2 donne le pouvoir d'« utiliser tout ordinateur, tout matériel ou tout autre équipement se trouvant sur les lieux pour accéder à des données contenues dans un appareil électronique, un système informatique ou un autre support ou pour vérifier, examiner, traiter, copier ou imprimer de telles données ».

Quoiqu'il soit fondé de conférer à l'AMP de tels pouvoirs, il serait prudent, à la lumière de l'arrêt *R. c. Cole*², de demander une autorisation judiciaire avant d'agir. Lorsque la vérification implique la saisie de documents se trouvant dans un endroit attitré à une personne en particulier pour son travail, celle-ci a une expectative raisonnable de vie privée, selon les circonstances, même si cette expectative est réduite.

4. La composition des comités de sélection (art. 27, par. 5)

Au terme d'une vérification ou d'une enquête, le paragraphe 5 de l'article 27 permet à l'AMP d'ordonner à l'organisme public qu'il lui transmette, pour approbation, la composition des comités de sélection pour les processus d'adjudication qu'elle indique :

« 27. Au terme d'une vérification ou d'une enquête, l'Autorité peut :

[...] 5° ordonner à l'organisme public, malgré l'interdiction de divulguer des renseignements relatifs à l'identité d'un membre d'un comité de sélection prévue au paragraphe 2° du premier alinéa de l'article 58.1 de la Loi sur les contrats des organismes publics, qu'il lui transmette, pour approbation, la composition des comités de sélection pour les processus d'adjudication qu'elle indique; [...] »

Cependant, il n'y a pas de critères définis pour la sélection des membres de ces comités. Le Barreau est d'avis qu'il y a lieu de prévoir ces critères, qui devraient inclure notamment la compétence et l'indépendance des membres ainsi que leur assujettissement à des obligations déontologiques visant principalement l'indépendance et les conflits d'intérêts avec des sanctions en cas d'infraction³.

5. Les délais pour déposer et traiter les plaintes (art. 33 à 37, 42 et 44)

Le Barreau remarque que les délais prévus aux articles 33 à 37 du projet de loi pour porter plainte à l'AMP sont assez courts. Ils sont tous en deçà de cinq jours. Par exemple, les articles 33 et 34 prévoient que la plainte doit être reçue par l'AMP au plus tard trois jours suivant la réception par le plaignant de la décision de l'organisme public.

Le Barreau comprend que ces délais sont prévus pour s'assurer que le processus soit rapide et efficace. Néanmoins, ces délais pourraient ne pas se prêter à tous les cas. Avant le dépôt d'une plainte, certains dossiers complexes pourraient requérir la consultation de plusieurs intervenants

² 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34.

³ Voir les recommandations 13 et 14 du mémoire du Barreau du Québec à la CEIC, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2014/20141114-memoire-ceic.pdf>.

et un temps de préparation plus long. À l'inverse, certains cas seraient propices au dépôt d'une plainte plus rapidement. Il y aurait donc lieu de prévoir plus de souplesse dans la loi afin que les délais soient mieux adaptés à la nature et à la complexité des dossiers. Par exemple, dans certains cas, on pourrait considérer la mise en place d'un mécanisme pour permettre une prolongation de délai par l'AMP.

Dans le cadre du traitement des plaintes, l'article 42 se lit comme suit :

« 42. Lorsque l'Autorité considère qu'une plainte visée aux sections I et II est recevable, elle en informe l'organisme public qui doit alors sans délai lui faire part de ses observations et lui transmettre, le cas échéant, copie des motifs au soutien de sa décision concernant la plainte ou la manifestation d'intérêt qu'il a traitée. »
(nous soulignons)

L'article 42 prévoit que l'organisme public doit faire part de ses observations « sans délai » à l'AMP lorsqu'il est informé de la recevabilité d'une plainte. Le Barreau se questionne sur la signification de cette expression qui laisse croire que la réponse doit être immédiate et sur les sanctions possibles si ce n'est pas respecté. Encore une fois, quoiqu'il puisse y avoir des cas simples et évidents, d'autres peuvent être plus complexes et pourraient requérir un certain temps à expliquer.

Il y aurait lieu de prévoir, dans certaines circonstances et de manière qui peut être semblable à ce qui est prévu à l'article 44 du projet de loi, la possibilité pour l'AMP d'accorder un délai raisonnable aux organismes pour leur permettre de répondre adéquatement à une telle demande. En effet, l'article 44 permet à l'AMP de convenir d'un délai supplémentaire avec l'organisme public pour compléter le traitement d'une plainte lorsque celui-ci ne peut s'effectuer dans le délai de 10 jours prévu.

6. La protection accordée aux plaignants et aux dénonciateurs (art. 47, 48, 55 à 57 et 159)

Les mesures de protection des plaignants sont prévues aux articles 47 et 48 du projet de loi :

« 47. Il est interdit d'exercer des représailles de quelque nature que ce soit contre une personne ou une société de personnes qui formule une plainte à l'Autorité ou encore de menacer une personne ou une société de personnes de représailles pour qu'elle s'abstienne de formuler une plainte à l'Autorité.

Toute personne ou société de personnes qui croit avoir été victime de représailles peut porter plainte auprès de l'Autorité pour que celle-ci détermine si cette plainte est fondée et soumette, le cas échéant, les recommandations qu'elle estime appropriées au dirigeant de l'organisme public concerné par les représailles. Les dispositions des articles 41 et 45 s'appliquent pour le suivi de ces plaintes, avec les adaptations nécessaires.

Au terme de l'examen, l'Autorité informe le plaignant de ses constatations et, le cas échéant, de ses recommandations. »

« 48. Aucune action civile ne peut être intentée à l'encontre d'une personne ou d'une société de personnes en raison ou en conséquence d'une plainte qu'elle a

portée de bonne foi en vertu du présent chapitre, quelles que soient les conclusions rendues par l'Autorité ainsi qu'en raison ou en conséquence de la publication d'un rapport de l'Autorité en vertu de la présente loi.

En outre, rien dans la présente loi ne limite le droit d'un plaignant d'exercer, postérieurement au traitement de sa plainte par l'Autorité, un recours qui porte sur les mêmes faits que ceux formulés dans cette plainte. » (nous soulignons)

Le Barreau observe que l'on utilise l'expression « de bonne foi » aux articles 48 et 55, mais pas à l'article 47, ce qui soulève des questionnements quant à l'interprétation. On se demande quelle est la distinction entre ces articles et pourquoi on exige expressément la bonne foi aux articles 48 et 55, mais pas à l'article 47.

Dans le même ordre d'idées, le Barreau s'interroge sur le sens à donner au mot « représailles » à l'article 47 et repris plus loin dans un autre contexte aux articles 55 à 57. Ces articles prévoient les mesures de protection des personnes qui communiquent des renseignements à l'AMP mettant en cause la conformité de la gestion contractuelle d'un organisme public :

« 55. Il est interdit d'exercer des représailles contre une personne pour le motif qu'elle a de bonne foi communiqué des renseignements ou collaboré à une vérification ou à une enquête menée en raison d'une telle communication.

Il est également interdit de menacer une personne de représailles pour qu'elle s'abstienne de faire une communication de renseignements ou de collaborer à une vérification ou à une enquête menée en raison d'une telle communication. »

« 56. Sont présumées être des représailles au sens de l'article 55, la rétrogradation, la suspension, le congédiement ou le déplacement d'une personne visée à cet article ainsi que toute autre mesure disciplinaire ou mesure portant atteinte à son emploi ou à ses conditions de travail. »

« 57. Toute personne qui croit avoir été victime de représailles peut porter plainte auprès de l'Autorité pour que celle-ci examine si cette plainte est fondée et soumette, le cas échéant, les recommandations qu'elle estime appropriées au dirigeant de l'organisme public concerné par les représailles. Les dispositions des articles 41 et 45 s'appliquent pour le suivi de ces plaintes, avec les adaptations nécessaires.

Au terme de l'examen, l'Autorité informe le plaignant de ses constatations et, le cas échéant, de ses recommandations. »

Le projet de loi offre certaines protections, mais c'est à la victime des représailles d'entreprendre des démarches pour porter plainte à l'AMP (art. 47 et 57) ou pour retrouver son emploi, par exemple (art. 159). Le projet de loi ne prévoit pas les sanctions lorsqu'il y a un manquement aux articles 47 et 55 et il n'est pas clair comment l'AMP protégera les plaignants et les dénonciateurs. Qui aura alors le fardeau de prouver que les mesures de représailles ont été prises pour sanctionner le dénonciateur? Qui assumera les frais de l'enquête? Qui assumera les honoraires des avocats, les frais de justice et les pertes économiques?

Le Barreau est d'avis qu'une plus grande protection devrait être offerte aux dénonciateurs. Ces derniers, qui font face à plusieurs défis, devraient recevoir une protection adéquate en contrepartie de leur contribution afin de les encourager à dénoncer. Sans les actions des dénonciateurs, le mécanisme proposé par le projet de loi ne pourra pas atteindre son objectif d'agir en amont et de prévenir la corruption et la collusion.

En ce sens, les actions des dénonciateurs devraient être reconnues juridiquement et politiquement. Comme l'a souligné le Barreau dans son mémoire à la CEIC⁴, la reconnaissance juridique implique que le dénonciateur puisse bénéficier d'un régime de protection adéquat, adapté et doté de mécanismes efficaces et flexibles pour assurer sa protection tant au niveau de son identité, de la confidentialité des informations transmises, de l'emploi, de la responsabilité civile et pénale qu'au niveau des pertes économiques subies ou à subir.

Par exemple, des mesures temporaires devraient être prévues pour être mises en application immédiatement lorsque, à la suite ou comme conséquence de la dénonciation, l'intégrité physique ou la sécurité du dénonciateur ou de ses proches peuvent être mises en péril. Des mesures de compensation économique devraient être rapidement enclenchées afin d'assurer au dénonciateur le versement des sommes alors considérées nécessaires, afin de lui permettre de continuer à respecter ses obligations financières.

Dans le cas de représailles liées au monde du travail, on pourrait introduire un régime de présomption et un renversement du fardeau de la preuve. Il appartiendrait alors à l'auteur de la mesure de représailles de démontrer, selon une preuve claire, précise et convaincante, le bien-fondé, la nécessité et le caractère raisonnable de la mesure.

L'article 48 du projet de loi offre une protection contre les actions civiles, mais le dénonciateur devrait également se voir offrir une forme de protection contre les poursuites pénales intentées de façon concomitante à la dénonciation. De plus, une protection de nature économique pourrait être versée au dénonciateur afin de le compenser pour les dommages liés directement à sa dénonciation. L'AMP devrait prendre fait et cause pour le dénonciateur et assumer tous les frais judiciaires et extrajudiciaires engagés en application du régime de protection, de même qu'offrir une compensation financière pour la protection du dénonciateur. Bien entendu, ce régime ne couvrirait pas l'acte fautif sous-jacent si le dénonciateur y a par ailleurs participé.

Enfin, la reconnaissance politique pourrait impliquer une reconnaissance publique qui pourrait être civique et professionnelle. Elle pourrait également être assortie de certaines mesures fiscales.

⁴ « Éthique, déontologie et démocratie », mémoire du Barreau du Québec à la CEIC, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2014/20141114-memoire-ceic.pdf> (recommandation 22).

CONCLUSION

Le Barreau du Québec est d'avis que la dénonciation doit être comprise comme étant l'affaire de tous les citoyens et non envisagée comme une responsabilité purement individuelle. Dans une société démocratique fondée sur la primauté du droit, la lutte contre la corruption et la collusion est une responsabilité collective qu'il faut encourager et protéger. La mise sur pied d'un organisme tel que l'AMP est une mesure qui renforce cette responsabilité, mais d'autres mesures doivent également être mises en place, comme l'amélioration de la formation des élus et des cadres des organismes publics sur l'éthique, la déontologie et les meilleures pratiques pour contrer la fraude.

Le Barreau croit que l'intégrité et l'éthique passent par l'éducation et que l'AMP, grâce à son rôle et à son expertise, pourrait jouer un rôle à ce niveau également. Par ailleurs, ce volet répondrait au besoin de soutien et d'accompagnement des organismes qui ne possèdent pas tous une structure ou une expertise suffisante pour prévenir la fraude lors de l'octroi et de la gestion des contrats publics.

Enfin, le Barreau note que ce projet de loi n'aborde pas la gestion contractuelle en matière municipale. En attendant le projet de révision des règles en cette matière, le Barreau réitère l'importance de regrouper au sein d'une seule loi les diverses règles et obligations portant sur l'éthique, la déontologie, les conflits d'intérêts et la politique de gestion contractuelle en matière municipale.