

Mémoire portant sur le Projet de loi n° 61, *Loi visant la relance de l'économie du Québec et l'atténuation des conséquences de l'état d'urgence sanitaire déclaré le 13 mars 2020 en raison de la pandémie de la COVID-19*

Présenté par le Comité public de suivi des recommandations
de la Commission Charbonneau¹

Notre intervention porte sur les dispositions du PL 61 qui touchent à l'octroi et à la gestion des contrats publics, soit les articles 50 à 50.2 (ce qui inclut l'article 28 du projet de loi initial). Nous commenterons ces dispositions à la lumière des enseignements tirés des travaux de la commission Charbonneau (CEIC) ainsi qu'en nous appuyant sur d'autres travaux portant sur les meilleures pratiques reconnues internationalement.

Le PL 61 accorde au gouvernement le pouvoir de modifier ou de suspendre, par simple règlement, les règles obligatoires prévues à la *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65,1 (« ci-après » la LCOP) ainsi que les conditions applicables à tout contrat d'un organisme municipal. Ceci implique que toutes ou une partie des conditions imposées par la LCOP et les autres lois applicables en matière municipale concernant notamment les processus d'appels d'offres, les exigences d'intégrité des contractants, l'autorisation à contracter et l'inadmissibilité aux contrats publics pourraient être suspendues ou modifiées à l'égard des projets visés par le PL 61. C'est donc l'ensemble de la normativité qui encadre l'octroi et la gestion des contrats publics qui pourrait être mise de côté par une intervention gouvernementale non soumise au contrôle

¹ Les membres du comité sont, en ordre alphabétique :

Luc Bégin, professeur à l'Université Laval;
Pierre-Olivier Brodeur, ancien chercheur à la CEIC;
Denis Saint-Martin, professeur à l'Université de Montréal;
Martine Valois, Ad. E., professeure à l'Université de Montréal.

parlementaire. Ceci pose des risques extrêmement sérieux à l'intégrité des marchés publics et ouvre la porte aux malversations de toutes sortes.

Tant les travaux de la commission Charbonneau que ceux de l'OCDE insistent sur la nécessité d'être très attentifs à l'ensemble des facteurs susceptibles de vulnérabiliser les marchés publics. Il en va du respect des principes de saine concurrence et d'équité entre les entreprises, mais aussi de la confiance des citoyens envers leurs élus et leurs administrations publiques. Et comme le rappelle l'OCDE dans un document récent, « 10 à 30 % des investissements consacrés aux projets de construction à financement public pourraient être perdus à cause d'irrégularités de gestion et d'actes de corruption » (OCDE, *Recommandation du Conseil sur l'intégrité publique*, 2017). Ce sont des chiffres analogues - et même supérieurs dans certains secteurs - qui ont été documentés à la suite des travaux de la CEIC.

Pourtant, le PL 61 crée des conditions extrêmement favorables à l'émergence de corruption, de collusion et autres malversations apparentées. Le projet de loi a pour effet d'augmenter la quantité de projets à réaliser, de conférer un caractère d'urgence à ces projets, de réduire voire d'éliminer le cadre normatif de l'octroi des contrats, de multiplier les occasions d'interférences politiques et de conférer un pouvoir discrétionnaire considérable à l'exécutif. Par ces effets, il va à l'encontre de toutes les bonnes pratiques de saine gestion des marchés publics en augmentant significativement les facteurs propices aux comportements nuisibles à l'intégrité des marchés publics.

L'analyse des causes et stratagèmes que la Commission Charbonneau a menée dans son rapport laisse peu de doute sur les dérives que pourrait entraîner l'application du PL 61. En effet, la Commission a indiqué parmi les causes à l'origine des malversations constatées :

- L'abondance de projets, qui peut pousser des concurrents à s'entendre pour maintenir des prix élevés;

- Les « situations d'urgence [qui] accroissent [...] la vulnérabilité de l'État à la corruption, puisqu'il est parfois nécessaire d'écarter les règles habituelles d'octroi de contrats pour y faire face » (*Rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, T.3, p.22).
- Le pouvoir de décision du politique : « chaque décision politique susceptible d'entraîner des conséquences financières pour des individus et des entreprises engendre des risques de corruption. Plus un élu dispose de pouvoirs en lien avec l'octroi de contrats, plus il est vulnérable à la corruption politique » (*Rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, T.3, p.33).
- L'existence d'un pouvoir discrétionnaire important : « un des facteurs liés à la mauvaise gouvernance les plus fréquemment cités comme propices au développement de phénomènes illicites dans l'octroi et la gestion des contrats publics de construction » (*Rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, T.3, p.43).
- La faiblesse de la réglementation : « Les règles relatives à l'octroi et la gestion de contrats par une municipalité visent notamment à assurer la participation du plus grand nombre d'entreprises possible pour un projet donné. Ces règles sont les premiers garde-fous contre la collusion et la corruption » (*Rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, T.3, p.49).
- La trop grande rapidité des projets, qui réduit le nombre de soumissionnaires potentiels.

L'analyse menée par la Commission ne laisse aucun doute sur le fait que le PL 61 aura pour effet de recréer un environnement favorable à la corruption, à la collusion et aux autres malversations.

Plus largement, les travaux académiques et institutionnels - tant au plan local qu'à l'international - qui sont menés sur l'intégrité des marchés publics et sur les grands projets d'infrastructure permettent d'établir que des risques se profilent à chacune des étapes de vie de ces projets. Cela débute avec la planification des travaux et l'évaluation des besoins, et se poursuit avec l'estimation des coûts, la rédaction des appels d'offres, la formation des comités d'évaluation, etc. jusqu'à la surveillance des travaux et à l'application des sanctions en cas de manquements avérés. À chacune de ces étapes, des interférences et négligences peuvent se produire et mettre à risque la bonne gestion des contrats publics.

Les interférences du politique sur l'administratif n'ont pas besoin d'être mal intentionnées pour conduire à des opportunités de malversation dont pourraient s'emparer d'autres parties prenantes malveillantes. Il suffit par exemple de baisser la garde lors de l'estimation des coûts - en exigeant des fonctionnaires attitrés à ces tâches qu'ils procèdent avec une plus grande diligence - pour perdre le contrôle sur la valeur réelle des travaux à accomplir. C'est sans compter sur les interférences visant à favoriser certaines entreprises (phénomènes largement documentés de copinage, favoritisme et captation de la décision publique (OCDE, *Preventing Policy Capture*, 2017)) : dans l'état actuel du PL 61, rien ne protège contre de telles possibilités. Au contraire, il crée des conditions favorables à ces interférences.

Plusieurs types de facteurs de risques favorisent les pratiques de transgression. Une vaste étude de la littérature scientifique identifie notamment ceux-ci : un environnement normatif déficient; une absence ou un manque d'effectivité des outils de surveillance et de contrôle; un manque de suivi des sanctions civiles et pénales; une centralisation accrue du pouvoir; un important pouvoir discrétionnaire des agents publics; une culture du favoritisme au sein des élites; des liens de proximité entre les acteurs politiques, administratifs et économiques (Jacob et al., *La gouvernance et l'intégrité des grands projets d'infrastructure*, 2019). Le PL 61 ouvre la porte à chacun d'eux.

Il faut également souligner que le PL 61 permettra de mettre en place un nouveau cadre réglementaire qui serait contraire à certaines des recommandations de l'OCDE sur les marchés publics (OCDE, *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics*, 2015). Parmi celles-ci, on notera:

- Favoriser un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels en assurant en temps utile un degré adéquat de transparence à chaque phase du cycle de passation des marchés publics;
- Mettre en place des outils d'ordre général visant à assurer l'intégrité au sein du secteur public et les adapter, au besoin, aux risques spécifiques du cycle de passation des marchés publics;
- Mettre en place des cadres cohérents et stables sur le plan institutionnel, législatif et réglementaire ; de tels cadres sont essentiels pour élargir la participation aux marchés publics et constituent des points de départ cruciaux pour assurer la viabilité et l'efficacité des systèmes de passation de marchés publics;
- Faire appel à la concurrence et limiter le recours aux exceptions et à la sollicitation d'une source unique. Les procédures concurrentielles devraient constituer la norme, afin que la passation de marchés publics soit au service des gains d'efficacité, de la lutte contre la corruption, de l'obtention de tarifs justes et raisonnables et de la concurrence. Au cas où des circonstances exceptionnelles justifieraient des limites à l'appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique, ces exceptions devraient être limitées, prédéfinies et dûment justifiées, et elles devraient faire l'objet d'une surveillance adaptée qui tiendrait compte du risque accru de corruption, y compris de la part de fournisseurs étrangers [nous soulignons];
- Veiller à ce que les dispositifs de contrôle interne (y compris les dispositifs de contrôle financier, d'audit interne et de contrôle de gestion) ainsi que les dispositifs de contrôle et d'audit externes disposent de ressources suffisantes et soient coordonnés.

Le PL 61 va donc complètement à l'encontre des meilleures pratiques identifiées par l'OCDE en matière d'intégrité des marchés publics, ainsi qu'à l'encontre des recommandations de la Commission Charbonneau. Le rapport de la CEIC recommande de dépolitiser le processus d'octroi des contrats publics, d'uniformiser les lois et les règlements des donneurs d'ouvrage et de dépolitiser l'approbation des projets du MTQ. Or, le PL 61 fait exactement l'inverse.

Le pouvoir exorbitant attribué au gouvernement par le PL 61 en matière de modification ou de suspension des règles prévues par les lois est non seulement contraire au principe de la suprématie parlementaire, mais également à celui de la primauté du droit. Le principe de suprématie parlementaire signifie que l'assemblée législative formée de membres élus, en l'occurrence l'Assemblée nationale, puisse contrôler l'action gouvernementale et s'assurer que celle-ci s'exerce en conformité avec les lois en vigueur. En permettant au gouvernement d'agir malgré la *Loi sur les contrats des organismes publics*, le PL 61 porte atteinte de manière directe à ce principe fondateur de notre démocratie parlementaire. De plus, en permettant au gouvernement de faire exception aux règles législatives en vigueur pour certains projets particuliers, le PL 61 enfreint le principe de la primauté du droit qui suppose l'égalité de tous devant la loi.

À la lumière des travaux menés par la Commission Charbonneau et les instances internationales les plus reconnues, il ne fait aucun doute que les articles 50 à 50.2 doivent être retirés du PL 61.

N'avons-nous rien appris de la Commission Charbonneau? Nous savons que le secteur des contrats publics de construction est extrêmement vulnérable à la corruption, à la collusion et à l'infiltration du crime organisé. Le PL 61 aura pour effet d'accroître cette vulnérabilité en augmentant de manière significative les facteurs de risques. Nous

savons que la corruption et la collusion entraînent des hausses de coûts de 20 à 35%. Le Québec a-t-il les moyens de perdre des centaines de millions de dollars à un moment où toutes les ressources sont nécessaires pour relancer l'économie?