

Mémoire déposé à la Commission des finances publiques de l'Assemblée nationale du Québec

Commentaires sur le projet de loi no 1 - Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics.

Le projet de loi est particulièrement louable en ce qu'il fait intervenir l'Autorité des marchés financiers dans un processus d'octroi/renouvellement d'autorisation de conclure des contrats publics. Vu les situations de déviance visées par ce projet de loi, l'AMF apparaît être une instance stratégique qu'il était opportun d'impliquer dans le processus d'autorisation de conclure des contrats publics. Les commentaires qui suivent n'ont pour objectif que de porter à l'attention des membres de cette Commission, des interrogations qui surviennent à la lecture même du projet de loi.

1- La notion d'intégrité

Il va sans dire que la notion d'intégrité est fondamentale dans ce projet de loi. Nous en avons une indication claire à l'article 2, qui modifie l'article 2 de la Loi sur les contrats des organismes publics en ajoutant que la loi en question vise « la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents ». Cependant, le sens de l'expression « intégrité des concurrents » n'est pas si évident. À prime abord, il paraîtrait renvoyer à la concurrence loyale au sens large. Mais en lisant le projet de loi, l'on se rend vite compte que ce dont il est question, c'est de l'intégrité des entreprises, de leurs dirigeants, administrateurs et actionnaires. L'Annexe I en fait foi. Quant à l'expression « intégrité des concurrents », je ne suggère pas nécessairement de la modifier. Je veux simplement porter à votre attention que l'expression peut être quelque peu ambiguë.

Par ailleurs, le projet de loi, portant sur l'intégrité, renvoie à deux réalités différentes : d'une part, l'intégrité des processus internes de l'organisation

(intégrité des entreprises ; intégrité des concurrents) ; d'autre part, l'intégrité des personnes (dirigeants, administrateurs, actionnaires).

Le nouvel article 21.0.2 réfère à « l'intégrité des processus internes » dans un organisme. Dans un organisme public, le responsable de l'observation des règles contractuelles devrait veiller « à la mise en place de mesures afin de voir à l'intégrité des processus internes ». De quoi est-il question ici ? L'intégrité est une valeur qui peut avoir plusieurs sens, du moins quand nous essayons de la définir. Car certaines organisations parlent d'intégrité comme le fait d'adhérer « aux plus hauts standards éthiques », ce qui ne veut strictement rien dire. Deux sens sont traditionnellement rattachés à la valeur d'intégrité. Vous ne vous surprendrez pas qu'en définissant une valeur, il soit presque impossible de ne pas discuter de valeurs qui lui sont connexes. C'est exactement ce qu'avait fait l'Assemblée nationale, en novembre 2002, lorsqu'elle a défini les valeurs devant guider la fonction publique québécoise. Les valeurs ont un sens difficile à cerner et mouvant dans l'espace et le temps. D'où leur interrelation intrinsèque.

L'intégrité est liée à deux valeurs connexes :

- (1) *l'honnêteté* réfère certainement au respect des normes de comportement socialement acceptées et reflétant la moralité d'une société donnée ; cette moralité sociale s'exprime dans des pratiques consensuelles (issues d'un conformisme social : une volonté de rechercher l'approbation sociale dans tous ses comportements : Hume, 1983). Contrairement à Kant (1993), Habermas (1987) croyait que c'est ensemble, par voie consensuelle (délibération éthique), que nous décidons de ce qui est une norme universellement applicable parce que rationnellement justifiée. Mais nous devons prendre conscience que tout consensus sociétal n'est pas nécessairement garant du comportement éthique (Ballet et al., 2011). Nous devons dépasser la perspective de la seule quête de conformisme social (Hume), afin d'atteindre une autre dimension de l'honnêteté qui est plus décisive de son contenu. L'honnêteté doit référer ainsi à la conformité aux lois et règlements adoptés par un gouvernement (conformité légale) – évidemment si ces lois (ou règlements) ne sont pas immorales, comme c'était le cas pour le système légal d'apartheid en Afrique du sud qui justifiait la ségrégation raciale. Il nous faut des critères objectifs afin de pouvoir déclarer des lois « immorales », ces critères consistant souvent dans les droits humains fondamentaux : la « Déclaration

universelle des droits de l'homme de 1948 » apparaît alors comme « hyper-norme », ou « méta-norme » dépassant les normes légales ou culturelles de tous les pays, qu'ils aient ou non adhéré à la Déclaration de 1948. J'adopte ici une position d'universalisme éthique, en étant tout à fait conscient des limites d'une telle approche, mais aussi des pièges plus importants encore qui nous guettent dans le cas du relativisme éthique radical. Mis à part les très rares cas (du moins dans les sociétés démocratiques) de lois pouvant être considérées comme immorales (ou d'articles de loi/règlement spécifiques qui auraient ce caractère, alors que l'ensemble de la loi serait moralement justifié), les lois et règlements viennent légitimement encadrer un certain consensus sociétal tel qu'il est interprété par le gouvernement en place ;

- (2) *l'authenticité* en tant que continuité entre ce que nous disons et ce que nous faisons (Zhu, May et Avolio, 2004) : nous sommes ici dans la sphère de l'éthique, car l'authenticité réfère à un comportement/discours sincère, fiable, crédible. L'authenticité exclut toute mauvaise foi, non seulement comme mauvaise intention voilée, mais surtout comme un mode de se mentir à soi-même, en se créant un « double de soi » qui nous sert à atteindre nos propres finalités en utilisant les autres comme des objets (Sartre, 1983, p. 82-90). L'authenticité est tellement importante que certains auteurs n'hésitent pas à définir un style de leadership particulier qu'ils appellent simplement le « leadership authentique ». Dans le cadre du leadership authentique, l'authenticité comporte les caractéristiques suivantes :
 - (a) établir des liens de confiance (les attentes comportementales quant à la confiance sont culturellement induites) ;
 - (b) être conscient de ses limites (voir également la notion d'authenticité comme acceptation de ses limites, en tant qu'être humain : Heidegger 1962) ;
 - (c) se montrer tolérant face aux imperfections des autres (la tolérance à l'erreur est, par exemple, fortement induite par des facteurs culturels) ;
 - (d) aider les autres à apprendre, à croître et à réussir (c'est ce que fait également le leader dit « transformationnel ») ;
 - (e) être préoccupé des questions morales (Duignan et Bhindi, 1997), ce qui suppose de ne pas tomber dans un relativisme éthique radical qui n'est qu'un indifférentisme moral ;

(f) transcender ses intérêts personnels (d'où le refus de tout égoïsme philosophique, tel que prôné par Adam Smith ou Thomas Hobbes) et mettre l'accent sur le bien de l'organisation (pourquoi pas également le bien de toute la collectivité ? : le principe utilitariste (Jeremy Bentham, John Stuart Mill) est à l'effet qu'il faut rechercher le plus grand bonheur (plaisirs moins souffrances) du plus grand nombre de parties prenantes affectées par une décision ;

(g) respecter les droits de toutes les parties prenantes et être attentifs à leurs besoins : le respect des droits ne pose pas de problème, puisqu'il est encadré par des textes juridiques ; l'attention aux besoins est une plus grande tâche, considérant que la structure d'imputabilité peut varier d'une partie prenante à une autre et qu'ainsi les implications d'un engagement organisationnel à « prendre en considération les intérêts des parties prenantes » ne sont pas évidentes ;

(h) faire preuve de transparence (Avolio et Luthans, 2006 ; Weichun, May et Avolio, 2004) : la transparence est elle-même une attitude qui renvoie à la valeur de vérité, et donc à l'évitement du mensonge et de la manipulation d'autrui ;

(i) être orienté vers l'avenir ;

(j) tenter d'instaurer des liens étroits entre les membres organisationnels (Avolio et Luthans, 2006) : c'est que d'autres types de leadership (comme le leadership transformationnel) tentent d'accomplir.

Dans la mesure où l'intégrité est liée à la valeur d'authenticité, ce sont ces dix attitudes qui en pourraient en découler. Il n'est évidemment pas question que le projet de loi aille dans ces détails pour la description de la valeur d'intégrité. Cependant, il faut avoir en tête quelques éléments concrets quand on désire parler de l'intégrité dans les processus organisationnels, ou de la part des dirigeants, administrateurs ou actionnaires d'une entreprise.

En ce qui regarde l'intégrité des processus internes d'un organisme, à la lecture du nouvel 21.0.2, il semble bien que ce soit l'honnêteté qui est en jeu, et non pas la congruence entre ce qu'un organisme public dit à travers ses différents documents corporatifs (ex : code d'éthique, mission/vision/valeurs) et les actions qu'il pose dans la vie de tous les jours. Si cependant, ce second sens était aussi

visé, cela aurait pour avantage d'octroyer au « responsable des règles contractuelles » une fonction liée à l'éthique organisationnelle. Mais dans la pratique, les responsables de l'éthique organisationnelle (« ethics officers ») ont rarement une telle fonction. Cela revient davantage aux PDG de voir à ce que l'éthique de leur organisation ne soit pas constituée que de vœux pieux. Il s'agit d'une des démonstrations possibles d'un « leadership éthique » (Ncube et Washburn, 2006 ; Aronson, 2001). Il faut toutefois remarquer qu'au nouvel article 21.0.2, sous-alinéa 2, le responsable de l'observation des règles contractuelles aurait pour fonction « de conseiller le dirigeant de l'organisme et de lui formuler des recommandations ou des avis sur leur application ». Voilà une indication que le projet de loi semble vouloir attribuer à l'intégrité un sens dépassant celui de l'honnêteté et rejoignant la notion d'une continuité entre le discours moral des entreprises (leur éthique organisationnelle) et leurs pratiques quotidiennes. Mais comme le sous-alinéa 2 n'est pas très explicite à cet égard, nous ne pouvons qu'observer qu'il pourrait peut-être indiquer une telle orientation quant aux conséquences de l'application de l'intégrité aux procédures internes.

2- L'actionnaire qui détient au moins 50% des droits de vote

Le sous-alinéa 2 du nouvel article 21.24 de la Loi sur les contrats des organismes publics supposerait que l'AMF puisse refuser d'accorder ou de renouveler ou puisse révoquer une autorisation lorsqu'un de ses actionnaires qui détient au moins 50% des droits de vote a, au cours des 5 dernières années, été déclaré coupable d'une infraction prévue à l'Annexe I. Cet article nous pose question, car l'actionnaire qui détient 49% des droits de vote et qui a été déclaré coupable d'une infraction listée à l'Annexe I permettrait tout de même que son entreprise conclut un marché public, si aucune infraction listée à l'Annexe I n'a été faite par personne d'autre dans l'entreprise. Est-ce vraiment le résultat que nous devrions viser ? Mais y a-t-il des solutions meilleures que celle proposée ? Quelles sont les autres alternatives possibles ? Première alternative : enlever toute mention de pourcentage de droits de vote. Cette solution paraît attirante, puisqu'elle permettrait une plus grande cohérence avec le sous-alinéa 3, où l'on traite des administrateurs et des dirigeants sans même référer au pourcentage de

droits de vote qu'ils détiennent, de par leurs actions. Mais alors, l'entreprise dont un actionnaire (peu importe le pourcentage de ses droits de vote) aurait été trouvé coupable d'une infraction listée à l'Annexe I pourrait être empêchée de conclure un marché public, étant dans l'impossibilité d'obtenir de l'AMF l'autorisation requise. L'entreprise a-t-elle le pouvoir de surveiller et contrôler les agissements de ses actionnaires minoritaires ? Deuxième alternative : enlever le sous-alinéa 2 traitant de la situation des actionnaires, compte tenu que les gens visés seraient les actionnaires majoritaires qui siègent sur le conseil d'administration et qui sont donc couverts par le sous-alinéa 3. Mais cette solution ne semble pas cadrer avec l'intention du projet de loi. Les actionnaires détenant au moins 50% des droits de vote seront ou bien des administrateurs ou des dirigeants (le cas est prévu au sous-alinéa 3), ou bien des actionnaires qui ne siègent pas au conseil d'administration (ce que viserait le sous-alinéa 2). Chacune des deux alternatives mentionnées comporte son lot de problèmes. L'important n'est pas nécessairement de modifier l'article à tout prix, mais de savoir quelle situation est précisément visée et pourquoi les deux autres alternatives ont été rejetées.

3- Confiance du public et manque d'intégrité de l'entreprise

Le nouvel article 21.25 de la Loi sur les contrats des organismes publics permettrait à l'AMF de refuser à une entreprise une autorisation, ou son renouvellement, ou révoquerait cette autorisation qui lui a été octroyée, parce que l'AMF considérerait « que la confiance du public est affectée en raison du manque d'intégrité de l'entreprise ». La notion de « confiance du public » est floue, par définition. Elle peut être interprétée de toutes sortes de manières. Nous pouvons la relier à l'intérêt public/bien commun, tout comme aux « bonnes mœurs », i.e. aux pratiques socialement acceptables au Québec. Ce n'est pourtant pas cette expression que je suggérerais d'éclaircir, compte tenu que partout où il est question d'intérêt public dans les lois et règlements, l'interprétation en est laissée à l'autorité constituée. Le problème est davantage dans la notion de « manque d'intégrité de l'entreprise ». Comme l'article 21.24 réfère constamment à la liste de l'Annexe I, nous pouvons comprendre que cet article définit le manque d'intégrité de manière précise, en nommant les conduites répréhensibles déjà encadrées juridiquement. Mais rien de tel à l'art.

21.25, où l'AMF bénéficierait d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation du « manque d'intégrité de l'entreprise ». Parfois, comme dans le cas du sous-alinéa 1, la situation visée ne semble pas faire l'objet d'un jugement subjectif : il est ainsi tout à fait justifié de traiter des « liens entre une entreprise, un de ses actionnaires, administrateurs, dirigeants avec une organisation criminelle ou avec une personne /entité qui s'adonne au recyclage des produits de la criminalité ou au trafic de drogues ». Comme disait le professeur De Smets (2003, p. 41), de l'Université Libre de Bruxelles, il y a « d'immenses fossés qui séparent souvent l'idéal de la réalité quotidienne. Le meilleur côtoie le pire. Et le pire – public ou privé – a plusieurs facettes : « ... trafics d'influence, collusions, gaspillages de deniers publics, traites fictives et opérations frauduleuses au dépenses des banques et des compagnies d'assurances... fausses factures et surfacturations.... ententes illicites sur des marchés publics.... corruption, commissions secrètes, délits d'initiés ». Dans le contexte de telles déviances possibles, la situation prévue au sous-alinéa 1 devait clairement faire partie du projet de loi. De même au sous-alinéa 8, quand il est question de l'incapacité, par l'entreprise, de justifier des sources légales de financement lui permettant de réaliser ses contrats.

Par ailleurs, à la lecture des sous-alinéas 6 et 7 en particulier, on peut aisément saisir que certaines situations sont de l'ordre de la perception, et donc de la subjectivité. Affirmer, comme le fait le sous-alinéa 7, qu'une entreprise « peut être perçue comme le prête-nom d'une autre entreprise », n'est-ce pas tomber dans un jugement empreint de subjectivité ? Il en est de même lorsque nous recourons à la notion de « personne raisonnable », le spectateur impartial usant de sa raison (Kant, 1993 ; Rawls, 1987) si nous ne définissons pas des principes que cette personne raisonnable est censée appliquer dans sa prise de décision ou le jugement qu'elle porte sur la réalité (ex : le service du bien commun, la protection des institutions démocratiques), ou à tout le moins, une série de valeurs qui viennent en encadrer l'interprétation, telles que le respect des personnes, la justice sociale, la prudence, la vérité. Autant je crois que les situations mentionnées aux sous-alinéas 6 et 7 méritent absolument d'être couvertes par le projet de loi (pour éviter la déviance), autant je crois que le nouvel article 21.26 ne devrait pas donner lieu à des jugements hâtifs, ou trop empreints de subjectivité. Je recommanderais donc une révision des sous-alinéas 6 et 7 du nouvel article 21.26.

4- Durée de l'autorisation octroyée par l'AMF

La durée de l'autorisation est fixée à 3 ans. Un délai raccourci (2 ans, par exemple) lancerait un message plus clair encore aux entreprises, et ce, même si la révocation est toujours possible en cours de délai. Bien entendu, cela pourrait avoir pour effet d'alourdir le traitement des dossiers par l'AMF. Mais si le délai demeure de 3 ans, la situation ne serait pas non plus dramatique.

5- Renseignements nécessaires pour la tenue du registre public

Le nouvel article 21.42 de la Loi sur les contrats des organismes publics supposerait que l'AMF « peut exiger d'une entreprise autorisée tout renseignement nécessaire à la tenue du registre ». Ne serait-il pas préférable d'ajouter des exemples de renseignements, simplement pour bien faire comprendre aux entreprises ce qui sera attendu d'elles, quitte à conserver, après lesdits exemples, la mention « et tout autre renseignement nécessaire à la tenue du registre » ?

6- Pénalités

Les pénalités prévues aux nouveaux articles 27.5 et suivants font état d'une amende de 2,500 \$ à 13,000 \$ pour les personnes physiques, et de 7,500 \$ à 40,000\$ pour les autres cas. On comprend qu'en cas de récidive, le montant des amendes minimales et maximales est porté au double : donc pour les personnes physiques, ce sera entre 5000 \$ et 26,000\$, et pour les autres cas, entre 15,000\$ et 80,000\$. Une proportion similaire est respectée pour les personnes physiques ($2500\$ \times 5.2 = 13,000\$$) et dans les autres cas ($7,500\$ \times 5.333 = 40,000\$$). Mais qu'est-ce qui justifie l'écart entre 2500\$ et 13000\$, ou entre 7,500\$ et 40,000\$, compte tenu que le cas de récidive est déjà prévu ailleurs ? J'aurais préféré la règle du double, mais réajustée à la hausse : pour les personnes physiques (entre 7,500\$ et 15,000\$), dans les autres cas (entre 20,000\$ et 40,000\$) ; en cas de récidive, les personnes physiques paieraient entre 15,000\$

et 30,000\$ d'amende, tandis que dans les autres cas, les amendes varieraient entre 40,000\$ et 80,000\$. L'évaluation des circonstances pourra faire varier l'amende qui serait exigée, mais selon une échelle moins vaste (avec les normes que je propose, un facteur 2 m'apparaît plus dissuasif qu'un facteur de 5.2 ou 5.333 impliquant une plus large discrétion dans la fixation de l'amende imposée). L'important est que les pénalités adoptées puissent servir de mode efficace de dissuasion.

En conclusion, je salue l'initiative gouvernementale d'aller de l'avant avec ce projet de loi qui m'apparaît assez bien structuré et orienté. Mes commentaires n'avaient pour but que de mentionner quelques questionnements que j'ai eus en lisant le projet de loi. Je vous remercie de m'avoir donné l'opportunité de les partager avec vous.

Références

Aronson, E., « Integrating leadership styles and ethical perspectives », *Canadian Journal of Administrative Sciences*, vol. 18, no 4, 2001, p. 126-131.

Avolio, B.J. et F. Luthans, *The High Impact Leader : Moments matter in Accelerating Authentic Leadership Development*, New York, McGraw-Hill, 2006.

Ballet, J., F. de Bry, A. Carimentrand et P. Jolivet, *L'entreprise et l'éthique*, Paris, Éditions du Seuil, 2011.

De Smets, Paul-F., « L'entreprise auto-éthique et responsable », *L'entreprise surveillée. L'éthique, la responsabilité sociale, le marché, la concurrence, les nouveaux acteurs*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 25-48.

Duignan, P.A. et N. Bhindi, « Authenticity in leadership : an emerging perspective », *Journal of Educational Administration*, vol. 35, no 3, 1997, p. 195-209.

Habermas, Jürgen, *Morale et communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, Paris, Cerf, 1987.

Heidegger, M., *Being and Time*, New York, Harper and Row, 1962.

Hume, D., *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, Hackett Publishing, 1983.

Kant, I., *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Le livre de poche, 1993.

Ncube, L.B. et M.H. Washburn, « Strategic collaboration for ethical leadership : a mentoring framework for business and organizational decision making », *Journal of Leadership and Organizational Studies*, vol. 13, no 1, p. 77-92.

Rawls, J., *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987 (1971).

Sartre, J-P, *L'Être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Coll. « TEL », no 1, 1980 (1943).

Weichun, Z., D.R. May et B.J. Avolio, « The impact of ethical leadership behavior on employee outcomes : the roles of psychological empowerment and authenticity », *Journal of Leadership and Organizational Studies*, vol. 11, no 1, 2004, p. 16-26.

Prof. Michel Dion

Titulaire de la Chaire de recherche en intégrité financière CIBC

Université de Sherbrooke, Faculté d'administration

2500, boulevard Université

Sherbrooke (Québec) J1K2R1

Tél : 1-819-821-8000, poste 62913

Courriel : Michel.Dion@USherbrooke.ca