

CFP – 009M
C.P. – P.L. 1
Intégrité en matière
de contrats publics

PROJET DE LOI N^o 1

Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics

Mémoire de l'Association provinciale
des constructeurs d'habitations
du Québec Inc. (APCHQ)

Déposé à la Commission
des finances publiques

NOVEMBRE 2012



Table des matières

Introduction	3
Arrimage absent avec la <i>Loi sur le bâtiment</i>	4
Révocation ou non renouvellement de l'autorisation d'un sous-contractant	5
Aspects discrétionnaires.....	6
Les donneurs d'ouvrage	8
Les infrastructures résidentielles	9
L'AMF	10
Conclusion	11

Introduction

Il faut prendre des mesures pour lutter contre la corruption et la collusion. Sur cette question, il existe un consensus ainsi que des attentes élevées envers l'efficacité et la rapidité avec laquelle les solutions seront mises en œuvre. L'Association provinciale des constructeurs d'habitations du Québec (APCHQ) souscrit elle aussi à la démarche visant à resserrer le processus d'octroi de contrats publics afin que ceux qui sollicitent de tels contrats démontrent leur probité et que les fraudeurs soient clairement écartés.

L'APCHQ existe depuis 51 ans. Notre organisation dessert plus de 17 000 entreprises actives dans l'ensemble du Québec. Selon les statistiques de la Commission de la Construction du Québec, en 2011, des 14 600 employeurs présents dans le secteur résidentiel, plus de 5 500 employeurs touchent à plus d'un secteur, dont le secteur institutionnel. Ainsi, une certaine proportion de nos membres est directement concernée par les dispositions du Projet de loi n° 1.

Cela dit, il n'est pas nécessaire de solliciter des contrats publics pour être interpellé par ce projet de loi. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, l'APCHQ considère que les allégations et les comportements d'une poignée d'individus dans un secteur bien précis de l'industrie de la construction entachent la réputation de milliers d'employeurs et de salariés, qui sont, dans la très grande majorité des cas, honnêtes et dignes de confiance.

En ce sens, il est souhaité que les progrès réalisés par le biais du Projet de loi n° 1 permettent de rétablir la confiance envers l'ensemble de l'industrie.

Le Projet de loi n° 1 apporte certaines réponses. Il soulève également plusieurs questions. Aux fins de la présente consultation particulière, notre analyse et nos commentaires se limiteront à certains éléments principaux que nous souhaitons regrouper comme suit.

Arrimage absent avec la *Loi sur le bâtiment*

Au chapitre de la probité, le Projet de loi n° 1 crée deux classes d'entreprises, celles qui se méritent l'autorisation de l'Autorité des marchés financiers (AMF) et celles qui détiennent de simples licences. Pourtant, le public devrait être en droit de transiger avec des entreprises respectables dans tous les cas. L'encadrement de la Régie du bâtiment du Québec (RBQ), à cet égard, ne devrait pas être perçu comme inférieur.

Or, rien dans le projet de loi ne permet de penser qu'un refus par l'AMF de délivrer une autorisation puisse avoir un impact sur une licence émise en vertu de la *Loi sur le bâtiment*. Pourtant, peut-on imaginer qu'une entreprise qui ne se mérite pas la confiance du public aux fins de contrats publics soit d'une probité acceptable aux fins de l'obtention d'une licence d'entrepreneur permettant de contracter avec des consommateurs. Ainsi, le signal envoyé serait que les fraudeurs sont tenus à l'écart des travaux publics mais qu'ils peuvent continuer de transiger avec le public.

Dans le domaine de la construction, il existe déjà un ensemble d'éléments servant à établir la probité des entrepreneurs. Cette probité est validée par le biais de la *Loi sur le bâtiment* et sa réglementation, lesquelles sont sous la responsabilité de la RBQ. La situation qui prévaudrait avec le Projet de loi n° 1 serait au minimum un dédoublement, et au pire, une forme de discrédit de l'encadrement spécifique au secteur de la construction.

L'APCHQ estime par conséquent qu'un arrimage est nécessaire entre les règles envisagées pour les contrats publics et les règles applicables par la RBQ. Une entreprise de construction dont la probité est jugée adéquate par la RBQ ne devrait pas avoir à se soumettre à un niveau différent de qualification lorsqu'il est question de contrats publics. La qualification obtenue de la part de la RBQ devrait satisfaire l'AMF, ne serait-ce que par souci d'éviter le dédoublement des démarches administratives et les coûts que cela implique. De plus, si besoin est, que l'on augmente plutôt les pouvoirs d'enquête de la RBQ.

L'APCHQ recommande par conséquent que le processus de vérification de la probité par la RBQ soit pris pour acquis, que l'on veille à son application adéquate et qu'il soit bonifié au besoin.

Révocation ou non renouvellement de l'autorisation d'un sous-contractant

Le Projet de loi n° 1 prévoit de responsabiliser tant les entrepreneurs généraux que les entrepreneurs spécialisés. Ainsi, un entrepreneur général devra valider l'autorisation de son sous-contractant avant la signature du contrat. Mais qu'en est-il lors de la révocation de l'autorisation du sous-contractant ?

Le projet de loi stipule que l'entreprise qui perd son autorisation devra transmettre à l'AMF le nom de chaque organisme public et de chaque sous-contractant avec lequel elle a contracté. Toutefois, le projet ne prévoit pas d'avis à l'entrepreneur général de la perte d'autorisation de son sous-contractant. Or, des conséquences lourdes pourront être imposées à un entrepreneur dont le sous-contractant n'est pas autorisé. Nous vous référons à l'article 22 du projet de loi qui se lit comme suit :

« Un contractant qui, dans le cadre de l'exécution d'un contrat visé à l'article 21.17 avec un organisme public, conclut un sous-contrat avec une entreprise non autorisée alors qu'elle devrait l'être commet une infraction et est passible d'une amende de 2 500 \$ à 13 000 \$ dans le cas d'une personne physique et de 7 500 \$ à 40 000 \$ dans les autres cas. Ce sous-contractant non autorisé commet également une infraction et est passible de la même peine. »

Cet article illustre le problème déjà soulevé : un entrepreneur général qui valide l'autorisation de son sous-contractant lors de la signature de son contrat, a peu de moyen à sa disposition afin de savoir si l'autorisation de son sous-contractant est révoquée. De plus, qu'advient-il dans les cas où le sous-contractant n'avait pas à être qualifié vu l'insignifiance du montant au contrat originel, mais qui aurait à le devenir à cause d'ajout de travaux pendant l'exécution des travaux ?

Le projet de loi devrait prévoir un dispositif permettant à l'entrepreneur d'être avisé et d'éviter les pénalités.

Aspects discrétionnaires

Le Projet de loi n° 1 prévoit un ensemble de motifs pour lesquels l'AMF pourrait refuser d'accorder son autorisation. Parmi ceux-ci, on retrouve la simple mise en accusation pour une série de fautes potentiellement graves. Ceci pourrait correspondre aux attentes du public. Il est toutefois difficile de concevoir que l'on sanctionne ainsi des entreprises qui pourraient ultimement être acquittées des accusations en question. L'effet serait d'ailleurs durable et il ne semble pas y avoir de disposition pour réhabiliter une entreprise dans cette circonstance.

Dans la même logique, il serait possible pour l'AMF de refuser son autorisation pour des liens jugés inappropriés avec des organisations criminelles ou pour un « comportement répréhensible » alors que cela peut laisser place à beaucoup d'interprétation¹. Entre l'allégation et la démonstration qu'une situation indésirable mérite la sanction prévue, il n'existe pas de mécanisme permettant d'éviter une sanction expéditive et inappropriée.

Nous percevons l'intention et la difficulté de l'exercice. Toutefois, nous devons souligner qu'il faut pouvoir préserver les éléments désirables de l'industrie qui, à bon droit, ne se mériteraient pas de sanction pour de simples allégations.

Devant des pouvoirs si importants, il faut pouvoir faire une démonstration convaincante de la situation reprochée et non pas seulement une perception raisonnable de la situation.

Il nous faut également exprimer des réserves quant à l'alinéa 9 de l'article 21.26 (article 10 du projet de loi) qui vise à rendre la loi applicable lorsque « la structure de l'entreprise lui permet d'échapper à l'application de la présente loi ». Comment appliquer une loi à une circonstance qui fait en sorte précisément que cette même loi ne s'applique pas? On comprendra l'intention de contrer la « créativité » qui pourrait permettre d'éviter l'application de la loi, mais ce « raccourci » laisse l'impression que l'on est prêt à évoquer des éléments discutables pour arriver aux fins souhaitées.

¹ Il en est de même en ce qui concerne d'autres dispositions : 21.31 exigences documentaires, 21.26 (6^e) continuité d'une entreprise selon une « personne raisonnable », 21.26 (7^e) perception qu'il pourrait s'agir d'un prête-nom, 21.26 (8^e) fardeau de démonstration des sources légales de financement qui appartiendrait à l'entreprise requérante.

C'est là le défi de la loi, de préciser à quelles conditions la société entend exclure des contrats publics certaines entreprises. Mais il faut s'interroger à propos de la très grande discrétion qui sera accordée à l'AMF selon les modalités prévues.

Devant l'ensemble des pouvoirs discrétionnaires du Projet de loi n° 1 qui constituent un véritable arsenal pour sévir, on retrouve peu de dispositions permettant de faire contrepoids. Des délais sont prévus pour faire valoir une opinion contraire, ce qui est certes une mesure nécessaire.

L'APCHQ suggère de bonifier le processus par un mécanisme de révision ou d'appel qui pourrait permettre ultimement d'accorder des recours aux entreprises dont on ne souhaite pas nécessairement l'exclusion.

Les donneurs d'ouvrage

L'une des seules obligations des organismes publics se retrouve à l'article 8 du projet de loi avec la désignation d'un responsable de l'observation des règles contractuelles.

Les donneurs d'ouvrage devraient avoir eux aussi certaines responsabilités. La corruption implique au minimum deux personnes, comme nous l'ont si bien démontré les travaux de la Commission Charbonneau. Il serait alors opportun que les deux intervenants soient responsabilisés. Par ailleurs, les donneurs d'ouvrage pourraient être dotés de moyens additionnels pour apporter leur contribution à la lutte contre la fraude.

Le Projet de loi n° 1 nous surprend donc par son économie de mesures du côté des donneurs d'ouvrage. Qu'en est-il de l'imputabilité des dirigeants et des élus? Y a-t-il lieu de réformer les processus d'appels d'offres? Il s'agit peut-être d'étapes subséquentes que le gouvernement voudra considérer. Malheureusement, il faut réfléchir à la façon d'écartier une entreprise « Certifiée AMF » alors qu'elle parvient à corrompre des fonctionnaires pour des extras.

L'APCHQ appuie la suggestion de l'Union des municipalités du Québec concernant la création d'un bureau municipal d'évaluation des prix. Par ailleurs, les municipalités doivent pouvoir se désengager d'un processus d'appel d'offre possiblement vicié. Enfin, dans la mesure où l'on veut clairement signifier aux donneurs d'ouvrage l'importance de leurs obligations face à la lutte contre la corruption et la collusion, il faut envisager des sanctions.

Les infrastructures résidentielles

Nous l'avons déjà souligné, en matière d'habitation, les consommateurs sont concernés par le Projet de loi n° 1, tant comme payeurs de taxes foncières que par le fait qu'ils doivent défrayer les infrastructures municipales au moment de l'achat d'une habitation neuve.

Comme on le sait, la perte d'abordabilité du logement est un problème important qu'il faut impérativement résoudre, notamment en s'assurant d'encadrer le marché de façon efficace et cohérente, surtout dans le contexte où l'on anticipe un ralentissement en construction résidentielle au cours des prochaines années et où la densification des projets implique d'importants travaux d'infrastructures.

Si le resserrement des règles donnait les résultats escomptés, c'est l'abordabilité du logement qui s'en trouverait améliorée et cela constituerait un gain important.

L'APCHQ recommande que les contrats municipaux d'infrastructures résidentielles fassent l'objet d'un suivi particulier étant donné leur importance pour la clientèle concernée.

L'AMF

Nous estimons que les nouvelles dispositions pourraient susciter une quantité importante de demandes d'autorisation auprès de l'AMF. Pensons aux entrepreneurs qui contractent déjà avec des organismes publics et à ceux qui croient qu'ils le feront éventuellement. Il ne faut pas oublier, par ailleurs, les entrepreneurs qui voudront obtenir le «sceau de probité» de l'AMF afin de démontrer leur bonne réputation, même auprès de donneurs d'ouvrage privés. Nul besoin de rappeler que toute l'industrie souffre des allégations de collusion et de corruption. Alors, on ne peut exclure, dans ce contexte, que le système soit être fortement sollicité et ce, dès la sanction du projet de loi. Nous nous questionnons alors sur la capacité de l'AMF de faire face à toutes ces demandes en provenance du secteur de la construction et des autres secteurs à la fois.

Il pourrait être opportun d'envisager une entrée en vigueur du nouveau régime, selon différentes phases permettant de mieux desservir, tour à tour, les industries impliquées. Rappelons que cette recommandation est subsidiaire à celle demandant ci-dessus que la RBQ demeure l'organisme de certification.

Conclusion

L'APCHQ, espère que l'examen détaillé des modalités du projet de loi permette de valider dans quelle mesure les éléments qui peuvent motiver l'Autorité de marchés financiers à refuser l'autorisation nécessaire pour l'obtention de contrats publics couvrent l'ensemble des comportements graves et répréhensibles à proscrire.

L'objectif étant clairement d'intervenir afin d'exclure les fraudeurs, il faut toutefois s'assurer de ne pas punir des entreprises de manière arbitraire. Les pouvoirs accordés à l'AMF constituent un arsenal important qu'il faut pouvoir utiliser judicieusement en prévoyant par ailleurs des mécanismes de révision ou d'appel appropriés.

Par ailleurs, nous avons souligné que le projet de loi met beaucoup de responsabilités sur le dos des entrepreneurs, mais il faut également considérer l'ensemble des mécanismes d'octroi de contrats, incluant la façon de faire des donneurs d'ouvrage.

L'APCHQ s'attend à ce que des ajustements soient apportés au projet de loi pour éviter des doublons et coûts inutiles. Un arrimage avec la *Loi sur le bâtiment* nous semble nécessaire. Pour ce qui est de la mise en œuvre, l'APCHQ estime qu'une approche par phases faciliterait le processus.

Finalement, l'APCHQ tenait à rappeler que l'un des bénéfices attendus du projet de loi concerne les clients du secteur résidentiel qui, de plus en plus, doivent défrayer entièrement les coûts de réalisation des infrastructures, d'où le suivi souhaité dans ce domaine.