

Le 14 novembre 2012

Monsieur Irvin Pelletier, Président  
Commission des finances publiques  
Édifice Pamphile-Le May  
1035, rue des Parlementaires  
3e étage, Bureau 3.15  
Québec (Québec) G1A 1A3

**Objet :    Projet de loi no 1 - Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics**

---

Monsieur le Président,

Le Barreau du Québec a pris connaissance du projet de loi 1, *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*. Le Barreau partage l'objectif de ce projet de loi, mais souhaiterait soulever certaines préoccupations quant aux moyens choisis pour les atteindre. Il demande en conséquence à l'Assemblée nationale d'apporter un certain nombre de modifications au projet de loi 1, afin notamment d'encadrer et de limiter les pouvoirs discrétionnaires qui seraient confiés au gouvernement et à deux personnes, soit le Commissaire associé aux vérifications nommé en vertu de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* et le Président-directeur général de l'Autorité des marchés financiers (ci-après « l'AMF »).

Les observations du Barreau visent essentiellement à apporter des clarifications juridiques en regard de certains articles du projet de loi 1 afin que le mécanisme des autorisations soit conçu de manière à assurer, dans son application, le respect des droits garantis et d'éviter les litiges.

Après avoir émis des commentaires préliminaires sur le principe directeur du projet de loi, nous présenterons ensuite des observations sur les critères en vertu desquels les autorisations de conclure un contrat avec un organisme public seront accordées ou refusées, ainsi que sur le processus décisionnel menant à une telle décision. Divers autres aspects plus ponctuels du projet de loi seront également abordés.

**1.    Le principe directeur de la confiance du public et de l'intégrité des entreprises  
(commentaire préliminaire, 21.25)**

Ce projet de loi emporte la disparition de la présomption de bonne foi et d'intégrité des citoyens du Québec. Cette présomption découle de la *Charte des droits et libertés du Québec*, du *Code civil du Québec* et de l'ensemble de la législation québécoise. Les citoyens sont présumés être de bonne foi et intègres. Il s'agit là de l'un des fondements de notre système de droit.

Or, le projet de loi 1 remet en cause cette présomption en exigeant de toutes les entreprises qui souhaitent conclure un contrat avec un organisme public de démontrer que la confiance du public n'est pas affectée en raison de son manque d'intégrité. Cette démonstration devra être faite à la satisfaction du Commissaire associé aux vérifications et du Président-directeur général de l'AMF.

Le Barreau est d'avis que le renversement de la présomption de bonne foi est un lourd prix à payer pour contrer la crise de confiance du public.

Toutefois, le Barreau du Québec partage les préoccupations du gouvernement de mettre en place des politiques générales de correction et de dissuasion, dans la mesure où elles demeurent justes et appropriées. Le Barreau croit qu'il y a aussi lieu de tenir compte de considérations telles que la nature des marchés, la viabilité des entreprises intègres, le maintien de l'emploi, ainsi que le développement du marché québécois à l'échelle internationale.

Le Barreau tient à rappeler qu'il faut éviter que les mesures adoptées dans un objectif légitime ne deviennent préjudiciables, par leur application, aux personnes honnêtes. La lutte contre la fraude, la corruption et la collusion doit s'exercer diligemment par rapport au contexte spécifique en cause, pour assurer en tout temps le maintien de l'intégrité de l'État et de la règle de droit. Des considérations raisonnables, objectives et précises doivent suffire à décourager la collusion et la corruption, sans conférer aux autorités des pouvoirs discrétionnaires non délimités qui compromettraient les droits des citoyens. L'intervention du gouvernement exige d'observer beaucoup de prudence, afin de s'assurer que les mesures du projet de loi pour lutter contre la fraude se réalisent efficacement, dans le respect de l'égalité des chances, indépendamment de considérations à caractère discriminatoire.

Le Barreau considère que les recommandations qui résulteront des travaux de la Commission Charbonneau fourniront une piste additionnelle de réflexion sur la nature des mesures nécessaires à la protection de l'intégrité de nos institutions. Pour l'instant, le Barreau constate que le gouvernement accorde beaucoup d'importance aux contrôles préventifs, mais souhaite rappeler qu'il faut aussi exercer un contrôle des contrats déjà exécutés. En effet, un contrôle *a posteriori* des travaux, pour s'assurer qu'ils ont été facturés à leur juste coût et selon un processus d'appel rigoureux, s'avèrerait un moyen souvent plus efficace, plus juste et moins attentatoire à la présomption de bonne foi.

## **2. Reformulation du critère applicable à l'émission, au renouvellement et à la révocation des autorisations et des éléments à considérer à cette fin (21.25 et 21.26)**

Le Barreau est d'avis que, tel que proposé, le libellé de l'article 21.25 est imprécis et s'appuie essentiellement sur des critères subjectifs, ce qui peut rendre l'application de la loi plus difficile et multiplier les litiges.

Le Barreau propose une formulation qui, tout en poursuivant les mêmes objectifs de mettre au cœur de cette législation l'intégrité des entreprises, limiterait la discrétion des autorités responsables de l'émission, du renouvellement et de la révocation des autorisations. Dans cette perspective, l'article 21.25, devrait se lire comme suit :

**21.25.** L'Autorité peut refuser à une entreprise de lui accorder ou de lui renouveler une autorisation ou révoquer une telle autorisation si elle ne satisfait pas aux exigences d'intégrité que le public est en droit d'attendre d'une partie à un contrat avec un organisme public.

En ce qui a trait aux éléments que peut considérer l'Autorité aux fins de l'émission, du renouvellement ou de la révocation des autorisations, aux termes de l'article 21.26, le Barreau est d'avis que la liste doit être exhaustive afin d'éviter que le régime laisse une trop grande place à la discrétion ou donne lieu à des abus.

De plus, nous considérons que certains éléments à cet article sont formulés en termes trop subjectifs, notamment en ayant recours à des notions telles que « personne raisonnable » et « l'entreprise peut être perçue ». Le Barreau pense que c'est dans cette liste que devrait être inclus l'élément du manque d'intégrité des administrateurs, des associés, des dirigeants ou d'une autre entreprise qui a, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou *de facto* de l'entreprise. Cependant, ce critère doit être limité aux situations qui concernent l'obtention, l'exécution et la facturation des contrats avec l'État.

Dans cette perspective, le Barreau propose que l'article 21.26 soit libellé comme suit :

**21.26.** Aux fins de l'article 21.25, les éléments suivants peuvent ~~notamment~~ être considérés par l'Autorité :

0.1° le manque d'intégrité des administrateurs d'une entreprise, d'un de ses associés, d'un de ses dirigeants ou d'une autre entreprise qui en a, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou de facto relativement à l'obtention, l'exécution ou la facturation d'un contrat public;

1° les liens qu'entretient l'entreprise, un de ses actionnaires ou une personne ou entité mentionnée à l'article ~~21.25~~ 21.26 (0.1) avec une organisation criminelle au sens du paragraphe 1 de l'article 467.1 du Code criminel (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-46) ou avec toute autre personne ou entité qui s'adonne au recyclage des produits de la criminalité ou au trafic d'une substance inscrite aux annexes I à IV de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (Lois du Canada, 1996, chapitre 19);

2° le fait que l'entreprise, un de ses actionnaires ou une personne ou entité mentionnée à l'article ~~21.25~~ 21.26 (0.1) ait été mis en accusation, au cours des cinq années précédentes, à l'égard d'une des infractions visées à l'annexe I;

3° un des actionnaires, administrateurs, associés ou dirigeants de l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée à l'article ~~21.25~~ 21.26 (0.1) qui a, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou de facto de l'entreprise est ou a été, au moment de la commission par une autre entreprise d'une infraction prévue à l'annexe I, une personne ou une entité mentionnée à l'article ~~21.25~~ 21.26 (0.1) qui avait, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou de facto de cette autre entreprise, à condition que cette dernière ait été déclarée coupable, dans les cinq années précédentes, de cette infraction;

4° l'entreprise est, directement ou indirectement, sous le contrôle juridique ou de facto d'une autre entreprise qui a été déclarée coupable, au cours des cinq années précédentes, d'une infraction prévue à l'annexe I, ou dont l'un de ses administrateurs, associés ou dirigeants l'a été au cours de la même période;

5° l'entreprise, un de ses actionnaires ou une personne ou entité mentionnée à l'article ~~21.25~~ 21.26 (0.1) a, dans le cours de ses affaires, été déclaré coupable ou mis en accusation, au cours des cinq années précédentes, à l'égard de toute autre infraction de nature criminelle ou pénale ou, au cours de cette période, a eu un comportement répréhensible dans le cours de ses affaires;

6° ~~une personne raisonnable en viendrait à la conclusion que l'entreprise est la continuité d'une autre entreprise qui n'obtiendrait pas une autorisation; ne satisfait pas aux exigences de l'article 21.25;~~

7° l'entreprise ~~peut être perçue comme étant~~ est le prête-nom d'une autre entreprise qui ne pourrait obtenir une autorisation ne satisfait pas aux exigences de l'article 21.25;

8° l'entreprise ne peut justifier les sources légales de financement lui permettant de réaliser les contrats qu'elle exécute;

9° la structure de l'entreprise lui permet d'échapper à l'application de la présente loi.

Une déclaration de culpabilité ne doit pas être considérée lorsqu'un pardon a été obtenu.

### 3. Les pouvoirs du Commissaire et du Commissaire associé

#### a. Accès aux documents et renseignements de l'entreprise (13.2)

L'article 21.28 prévoit que le Commissaire associé aux vérifications donne un avis en application des articles 21.24 et 21.26, ce qui limite de façon appropriée la portée d'une vérification que le Commissaire associé peut effectuer.

Cependant, le nouvel article 13.2 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* donne au Commissaire associé aux vérifications le droit de pénétrer dans les établissements des entreprises, d'exiger tous renseignements, de tirer copie de tous documents reliés, non pas seulement à l'application des articles 21.24 ou 21.26, mais à l'ensemble des dispositions du Chapitre V. 2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* y inclut l'article 21.25, afin d'examiner quelque aspect que ce soit de l'intégrité de l'entreprise relié à la confiance du public.

Une telle intrusion et un tel pouvoir ne peuvent être justifiés qu'à l'égard d'objectifs bien précis comme c'est le cas dans de nombreuses lois, par exemple celles portant sur la santé et la sécurité au travail, sur les établissements publics, etc. En regard de l'exercice des fonctions liées à l'application de l'article 21.17, l'article 13.2 devrait donc être limité à l'application des articles pertinents à la compétence du Commissaire associé aux vérifications, soit l'article 21.24 et l'article 21.26.

#### b. Accès aux renseignements détenus par d'autres organismes (54)

Le Barreau comprend que les informations qui peuvent être disponibles ou vérifiées relativement à l'application des articles 21.25, 21.24 et 21.26 ne sont pas disponibles de façon générale pour l'AMF. C'est pourquoi l'article 54 vise à donner accès à des informations de la nature de celles que le Commissaire associé aux vérifications peut considérer dans le cadre de sa vérification.

Cependant, le Commissaire associé aux vérifications est nommé par le gouvernement en vertu de la *Loi concernant la lutte sur la corruption* et, dans l'exercice de ses fonctions qui sont énoncées aux articles 9 et 10 de cette loi, il est tenu à un devoir d'information au Commissaire qui a la charge de la lutte contre la corruption. Il y a donc risque de confusion entre les fonctions des équipes responsables des enquêtes de nature criminelle et celles responsables du volet administratif des vérifications pour les autorisations de soumission et de conclusion de contrats publics aux entrepreneurs. Le Barreau est donc préoccupé par le maintien fondamental de règles visant à renforcer l'étanchéité qui doit exister entre le processus d'enquête policière et celui de la vérification administrative.

Le résultat des vérifications administratives ne peut simplement pas être transmis aux enquêteurs policiers. À cet égard, le Barreau souligne l'importance d'appliquer les principes reconnus dans l'arrêt *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757. Le Barreau recommande donc que le libellé de l'article 54 soit révisé afin de prévoir clairement que tous les renseignements recueillis au moyen des pouvoirs de vérification administrative ne puissent être communiqués ou partagés dans le cadre d'une enquête policière ou criminelle.

Il y a également lieu de revoir et de préciser en conséquence l'article 17 de la *Loi concernant la lutte sur la corruption*. Cet exercice nous apparaît nécessaire pour éviter des litiges judiciaires ou que soient compromises des enquêtes criminelles en cours.

Le Barreau est conscient de la difficulté concrète de l'application de cette loi. Il est conscient que toute l'information détenue par un organisme doit être communiquée aux fins de la réalisation des objectifs de la loi. Le Barreau a le devoir de réitérer les règles de prudence, mais demeure persuadé que tant le Commissaire responsable de la lutte contre la corruption que le Commissaire associé aux vérifications trouveront les moyens de veiller au respect des principes de droit.

#### 4. Le processus décisionnel menant aux autorisations (21.28 et art. 5 LJA)

La décision de l'AMF relativement à une autorisation n'est pas sujette ni à révision ni à appel. Il s'agit d'une question d'opportunité et bien que, de principe, le Barreau favorise que de telles décisions administratives puissent faire l'objet d'une révision ou d'un appel, le Barreau garde en réserve cette question, dans la mesure où la procédure initiale serait satisfaisante. Toutefois, le Barreau considère que le projet de loi n'offre pas un processus complet et conforme aux principes reconnus et applicables aux décisions administratives.

En plus des commentaires déjà formulés, le Barreau estime que, si une décision de cette nature n'est sujette ni à révision ni à appel, il est essentiel que l'AMF ne soit pas assujettie seulement à une obligation d'informer l'administré des motifs sur lesquels la décision serait fondée, mais qu'une copie du dossier et de l'avis du Commissaire associé aux vérifications doivent être également communiqués au requérant.

La loi devrait nécessairement permettre au requérant de faire valoir son point de vue, en pleine connaissance de cause, et de présenter des observations sur les motifs pour lesquels on s'apprête à lui refuser l'autorisation. Or, le projet de loi est tout à fait ambigu à cet égard et il doit être modifié pour prévoir que le motif communiqué conformément à l'article 5 de la *Loi sur la justice administrative*, auquel réfère l'article 21.33, doit inclure le dossier et l'avis motivé du Commissaire associé aux vérifications. De plus, le délai de 10 jours prévu à cet article est déraisonnable. Il doit être remplacé par un délai de 30 jours.

C'est un aspect fondamental de la position du Barreau et il est essentiel pour éviter que les requérants d'autorisation soient laissés entièrement à l'arbitraire de l'État.

#### 5. Le pouvoir discrétionnaire du Conseil du trésor (21.20)

Le Barreau comprend que, dans le contexte de la très grande sévérité du projet de loi, il est nécessaire que le Conseil du trésor bénéficie d'une certaine flexibilité pour déroger au mécanisme des autorisations prévu à l'article 21.17 proposé, s'il estime que l'intérêt public justifie qu'un contrat soit exécuté par un contractant ou un sous-contractant qui ne détient pas une autorisation.

L'article 21.20 pourrait toutefois compromettre la légitimité du mécanisme prévu au projet de loi 1. Le Conseil du Trésor pourrait être perçu comme l'organisme qui jouit d'une totale discrétion de déroger à la loi.

Afin de contourner cette difficulté, le Barreau propose d'encadrer ce pouvoir de la manière suivante :

- a) Le Conseil du Trésor devrait obtenir l'avis de l'AMF avant d'accorder une dérogation ;
- b) Le Conseil du Trésor devrait aussi s'assurer qu'il n'a pas été raisonnablement possible de trouver un contractant autorisé en vertu de l'article 21.17 en mesure d'exécuter les travaux ; et
- c) Aucune dérogation ne devrait s'appliquer aux entreprises interdites de contracter en vertu de l'un des critères prévus à l'article 21.24.

Finalement, l'alinéa 3 de l'article 21.20 devrait être modifié pour prévoir la publication à la *Gazette officielle du Québec* du nom des contractants ayant conclu un contrat en application non seulement du premier alinéa, mais également du second alinéa de cette disposition.

#### **6. La responsabilité de l'observation des règles contractuelles (21.0.2)**

Vu l'importance fondamentale de cette loi, il est impératif que la responsabilité d'en assurer le respect incombe aux dirigeants d'organismes et non à une personne désignée par eux.

On ne saurait en effet déléguer cette responsabilité, quoique certaines tâches pourraient être ainsi déléguées.

#### **7. Le pouvoir du gouvernement de délimiter la portée de la loi (21.17 et 69)**

En vertu des articles 27.17 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* et 69 du projet de loi 1, le gouvernement peut déterminer les catégories de contrats et les montants minimaux qui déclenchent l'application de l'exigence d'une autorisation ainsi que les exemptions.

D'abord, le Barreau propose que cet article 69 devienne l'article 21.17.1 de façon à ce que les règles du jeu relativement à l'application de la loi soient clairement regroupées. Deuxièmement, le Barreau propose que les décisions du gouvernement en vertu de ces deux articles se fassent par règlements auxquels s'applique la *Loi sur les règlements* et les procédures qui y sont prévues. Il faut noter que cette dernière *Loi sur les règlements* prévoit des mécanismes d'urgence au besoin.

Enfin, le Barreau propose que les pouvoirs du gouvernement d'ajouter des catégories de contrats ou des montants de contrats déclencheurs de la nécessité d'une autorisation soient assujettis à la condition qu'il estime qu'il y a un problème réel d'intégrité dans certaines catégories de contrats.

Ceci préserverait le principe que, dans les cas décidés par le gouvernement, il n'est pas nécessaire de prévoir un régime d'autorisation préalable des cocontractants de l'État.

#### **8. L'application de la Loi sur les règlements (21.17, 21.39)**

L'article 21.39 exempte de l'application de certains articles de la *Loi sur les règlements*, des décisions importantes et fondamentales pour les droits des citoyens, prises notamment en vertu des articles 21.17, 21.22 et 21.37. Ces décisions devraient être assujetties à la *Loi sur les Règlements*, notamment, afin de permettre aux citoyens ou à toute personne intéressée de faire valoir leurs observations.

## 9. L'application de la loi aux organismes municipaux (36, 39, 41 et 44)

Le Barreau s'interroge sur le choix du gouvernement de rendre applicables aux municipalités, en partie seulement, les dispositions portant sur le mécanisme des autorisations. En effet, ni les articles 21.23, 21.24, 21.25, 21.26 et 21.33, par exemple, qui énoncent les critères et les éléments dont l'AMF doit tenir compte dans son analyse, ni ceux en lien avec le rôle du Commissaire associé aux vérifications dans le processus ne sont repris aux articles 36, 39, 41 et 44. Pour plus de certitude, le Barreau suggère que les articles 21.23 et suivants y soient inclus comme référence.

## 10. La production annuelle d'un rapport sur le processus des autorisations

Le projet de loi 1 amène des réformes importantes et lourdes de conséquences pour les entreprises participant à un secteur important de l'économie. Le Barreau propose donc qu'il soit prévu une obligation, pour l'AMF et le Commissaire associé aux vérifications, de faire rapport annuellement au gouvernement sur l'application des dispositions du mécanisme des autorisations.

Il serait également opportun que la loi prévoit une clause dite « quasi-crépusculaire » imposant sa révision obligatoire au terme d'une période de 5 ans.

## 11. Conclusion

Les contrats publics visent la réalisation de travaux publics ou la dispensation de services dans le cadre de la mission de caractère public de chaque organisme concerné. Les contractants exercent, en effet, une mission de caractère public avec des fonds publics et doivent demeurer intègres.

Le rapport de la Commission Charbonneau permettra de déterminer des mesures spécifiquement adaptées à la problématique qui est révélée à travers les témoignages entendus au cours de la Commission et de mieux circonscrire le rôle des dirigeants des organismes publics et des personnes qui les appuient, dont le responsable de l'observation des règles contractuelles, afin de mener efficacement la lutte contre la corruption.

Le Barreau insiste sur l'importance non seulement de la réglementation, mais aussi de l'éducation et de la formation des personnes sur lesquelles l'organisme public exerce un contrôle, notamment au sujet des truquages d'appels d'offres, ainsi que sur les règles d'éthiques. À cet égard, le rôle et l'expérience du Bureau de la concurrence et de l'AMF doivent être mis à contribution pour assurer une vigilance accrue dans l'application des lois et des règles d'éthique.

Nous vous remercions de votre attention et vous prions de recevoir, Monsieur le Président, nos salutations distinguées.

Le bâtonnier du Québec,



Nicolas Plourde  
/0096