

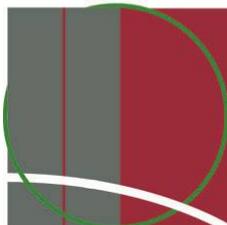
Commentaires de l'ACRGQTQ

Projet de loi n° 61

Loi visant principalement le recouvrement de sommes payées injustement par des organismes publics relativement à certains contrats dans l'industrie de la construction

Présentés dans le cadre des consultations particulières de la Commission des institutions de l'Assemblée nationale

Association
des constructeurs
de routes
et grands travaux
du Québec



ACRGQTQ

Le 29 novembre 2013

Table des matières

Table des matières	2
Introduction	3
Commentaires généraux	4
Commentaires sur le projet de loi	5
1) Programme de remboursement volontaire	5
2) Révision de la « Loi 1 »	6
3) Coordination des poursuites	8
4) Contrats visés	9
5) Présomption de préjudice	11
6) Responsabilité des dirigeants et représentants	15
7) Partage de responsabilité	17
8) Détermination du montant du préjudice	18
9) Hypothèques légales et autres conséquences	20
10) Pouvoir règlementaire soustrait à la Loi sur les règlements	21

Introduction

Mise en contexte et présentation de l'ACRGTO

Les allégations des dernières années et le début de l'enquête de la Commission Charbonneau¹ ont révélé que l'industrie de la construction avait été infiltrée par des criminels et des entreprises délinquantes. Cette situation, en plus d'être répréhensible et de compromettre une saine gestion des finances publiques, affecte l'image et l'avenir d'une industrie économique vitale pour le développement du Québec. En ce sens, l'ACRGTO est heureuse de pouvoir présenter ses commentaires sur le projet de loi n° 61, intitulé *Loi visant principalement le recouvrement de sommes payées injustement par des organismes publics relativement à certains contrats dans l'industrie de la construction*.

L'Association des constructeurs de routes et grands travaux du Québec (ACRGTO), incorporée en 1944, représente les principaux **entrepreneurs** qui réalisent les travaux de construction de génie civil et de voirie au Québec. L'ACRGTO représente également l'ensemble des **employeurs** du génie civil et voirie en vertu de la Loi R-20 (*Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*). À ce titre, elle représente plus de 2 500 entreprises actives au sein de l'industrie de la construction de routes, d'ouvrages de génie civil de grands travaux, lesquelles emploient plus de 40 000 salariés ayant travaillé 36,3 millions d'heures en 2012.

L'ACRGTO a agi sur plusieurs fronts en matière d'intégrité et de lutte contre la corruption au cours des dernières années:

- Adoption d'un code d'éthique des entrepreneurs membres et formations;
- Collaboration avec les différents donneurs d'ouvrage publics pour que ceux-ci adoptent des mesures de gestion contractuelle efficaces et efficientes;
- Participation aux travaux de différentes commissions parlementaires et consultations (notamment les projets de loi 73, 76, 33, 35, 1) et présentation de commentaires sur différents projets de règlements du gouvernement du Québec;
- Réalisation d'une étude indépendante qui explique que les coûts de construction routière ne sont pas plus élevés au Québec qu'ailleurs;
- Obtention du statut de participant à la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*.

Bref, l'ACRGTO se veut un partenaire de première importance des autorités et donneurs d'ouvrage publics. **Les interventions de l'ACRGTO visent à ce que des mesures efficaces et efficientes soient adoptées afin de sanctionner les délinquants sans pénaliser injustement les entrepreneurs intègres.**

¹ Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction

Commentaires généraux

La fraude est un fléau qu'il faut éradiquer de l'industrie de la construction. En ce sens, l'ACRGTO appuie le projet de loi 61, intitulé *Loi visant principalement le recouvrement de sommes payées injustement par des organismes publics relativement à certains contrats dans l'industrie de la construction*.

En effet, si des entreprises ont reçu des paiements injustifiés de la part de donneurs d'ouvrage publics à la suite de fraudes, elles méritent d'être condamnées à rembourser ces sommes.

L'industrie de la construction n'est plus la même depuis que les allégations de corruption concernant certaines entreprises se multiplient, ainsi que depuis la Commission Charbonneau:

- Un climat de méfiance et de suspicion s'est installé dans les relations entre donneurs d'ouvrage, ingénieurs-conseils et entrepreneurs.
 - Ainsi, il est plus difficile que jamais pour les entrepreneurs d'obtenir le paiement des sommes qui leur sont légitimement dues dans le cadre de leurs contrats de construction.
 - Les ingénieurs-conseils et donneurs d'ouvrage ne souhaitent plus autoriser de dépassements de coûts, même s'ils sont bien fondés.
 - Les retards et délais de paiements s'accumulent et il est difficile d'obtenir les autorisations de paiements des coûts supplémentaires, alors que ceux-ci sont justifiés.
- Les obligations légales et contractuelles des entrepreneurs sont également augmentées, de même que les risques qu'ils doivent supporter. Sans critiquer la nécessité de certaines mesures, on n'a qu'à penser :
 - Au régime d'autorisations de l'Autorité des marchés financiers instauré en vertu de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*.
 - À la nécessité de fournir une Attestation de Revenu Québec.
 - Aux nombreuses mesures de gestion contractuelle imposées par les donneurs d'ouvrage.

Cette situation a été causée par le comportement répréhensible de quelques individus et entreprises délinquantes. Ces personnes méritent de payer pour les dommages qu'elles pourraient avoir causé au trésor public et à toute l'industrie de la construction.

En ce sens, l'ACRGTO appuie le projet de loi n° 61. Vous trouverez cependant dans ce mémoire certains commentaires proposés afin de bonifier le projet de loi, ainsi que certaines réserves.

Nous tenons toutefois à préciser qu'aucun des commentaires formulés dans ce mémoire ne doit être interprété comme visant à protéger des entreprises et individus qui auraient effectivement commis des fraudes. Les entreprises et individus qui dérogent à la loi doivent en assumer les conséquences. L'ACRGTO ne parle pas pour et au nom de celles-ci. Elle parle au nom de la forte majorité des entrepreneurs qui sont honnêtes et intègres.

Commentaires sur le projet de loi

1) Programme de remboursement volontaire

Le projet de loi prévoit la possibilité pour le ministre de la Justice de mettre en place un programme de remboursement volontaire. Le ministre pourra ainsi donner quittance aux entreprises et individus qui adhèrent à ce programme et leur garantir que les informations communiquées ne seront pas utilisées devant les tribunaux (art. 12 à 16).

L'ACRGTQ est en faveur de ce programme qui pourrait permettre aux entreprises de redorer leur image, de démontrer qu'elles sont de bons citoyens corporatifs, qu'elles ont constaté les erreurs de certains de leurs dirigeants et qu'elles sont prêtes à faire amende honorable.

Nous sommes cependant d'avis que le gouvernement devrait réfléchir à la possibilité que l'adhésion à ce programme puisse être considérée par l'Autorité des marchés financiers (AMF) comme un facteur relativement à l'émission d'une autorisation de réaliser des contrats publics.

Sans pour autant permettre que des entreprises puissent « acheter leurs autorisations », nous croyons qu'il faut réfléchir au fait que l'adhésion à un tel programme puisse être un des facteurs parmi d'autres à considérer dans la décision de l'AMF. Cela pourrait peut-être également stimuler la participation à ce programme.

Nous sommes satisfaits que les modalités de ce programme soient publiées à la Gazette officielle. Il s'agit d'un bel exercice de transparence. Il serait cependant approprié de permettre aux parties prenantes concernées de commenter les modalités de ce programme et de l'ajuster le cas échéant.

2) Révision de la « Loi 1 »

Le projet de loi apporte des modifications aux dispositions qui avaient été ajoutées en 2012 à la *Loi sur les contrats des organismes publics* par la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* afin de créer notamment le régime des autorisations de l'AMF.

Les modifications les plus importantes concernent les situations suivantes :

Le fait que l'entreprise ait été déclarée coupable au cours des cinq dernières années :

- d'une infraction prévue à l'annexe 1 de la Loi;
- d'une infraction par un tribunal étranger;
- d'une décision de suspension des travaux (art. 7.8 de la Loi R-20);
- d'une réclamation pour travail au noir (art. 81 c.2) de la Loi R-20).

Ces situations entraînent pour l'instant automatiquement un refus d'autorisation de la part de l'AMF. Les modifications proposées dans le projet de loi auront pour effet d'assouplir la Loi en confiant à l'AMF la discrétion de considérer ou non ces situations dans sa décision d'émettre ou de refuser l'autorisation demandée (art. 28 à 29).

Par ailleurs, le projet de loi prévoit qu'une entreprise ne sera pas automatiquement inscrite au RENA² en raison d'une infraction visée. Elle ne le sera pas si la commission de cette infraction a déjà été prise en considération par l'AMF dans le cadre d'une demande d'autorisation et que l'AMF a accepté de la délivrer quand même. Elle ne le sera pas non plus si l'AMF n'a pas encore pris sa décision dans le cadre d'une demande actuellement à l'étude (art. 27).

Finalement, le projet de loi permettra à une entreprise inscrite au RENA, pour des motifs autres que celui d'avoir subi un refus d'autorisation de l'AMF, de déposer une demande d'autorisation auprès de celle-ci (art. 30).

L'ACRGTQ est favorable à ces modifications. Nous sommes d'avis qu'elles contribueront à rendre l'application de la « Loi 1 »³ plus pragmatique.

Cette révision ne permettra cependant pas à l'AMF d'user de sa discrétion dans les situations où ce sont les infractions commises par des actionnaires ou administrateurs ou encore pour des infractions en matière de financement électoral.⁴

Nous sommes d'avis que l'appréciation de ces situations devrait également être confiée à la discrétion de l'AMF plutôt que d'entraîner automatiquement un refus. L'AMF a effectivement démontré depuis l'entrée en vigueur de ce régime qu'elle disposait de la compétence, de la

² *Registre des entreprises non admissibles aux contrats publics*, Chapitre V.1 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

³ Chapitre V.2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics*, adopté en vertu de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*.

⁴ *Lois sur les contrats des organismes publics*, art. 21.26, para. 2, 3 et 5.

rigueur et du professionnalisme nécessaire afin de déterminer quelles entreprises doivent être autorisées.

L'ACRGTQ recommande donc que toutes les situations de refus automatique prévues à l'article 21.26 de la Loi soient déplacées à l'article 21.28 afin d'en faire des motifs discrétionnaires.

L'ACRGTQ souhaite aussi que l'application de cette Loi soit plus rapide et transparente. L'ACRGTQ recommande donc que le gouvernement accélère le traitement des demandes d'autorisation et qu'il publie les décisions de l'AMF.

L'ACRGTQ constate qu'il y a des délais importants dans le traitement et l'émission des autorisations de l'AMF. Nous comprenons qu'une partie importante de ces délais est attribuable à l'analyse et aux vérifications de l'Unité permanente anti-corruption (UPAC). Nous comprenons également que le gouvernement et l'AMF tentent d'atténuer ces effets par une mise en œuvre progressive de la Loi. Or, il n'en demeure pas moins que plusieurs entreprises ont attendu pendant longtemps leurs autorisations et que certaines les attendent encore.

Cette situation a des conséquences économiques importantes car elles occasionnent des délais dans le début de travaux.

L'ACRGTQ recommande donc au gouvernement de mettre en place les mesures nécessaires afin que les demandes d'autorisations (et les vérifications qui en découlent) soient traitées plus rapidement.

L'ACRGTQ profite également de cette tribune pour souligner une problématique de transparence dans l'application du chapitre V.2 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* par l'AMF. En effet, l'AMF refuse de publier les décisions qu'elle rend en vertu des articles 21.27 et suivants de la Loi et qui consistent à refuser d'accorder une autorisation.

Or, il s'agit d'informations publiques. L'esprit de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats des organismes publics* étant de favoriser la confiance du public à l'égard des contrats publics, il n'y a aucune raison qui justifie de cacher ces informations. Sans révéler ses dossiers d'enquêtes et des informations confidentielles et sensibles sur les entreprises, l'AMF pourrait très bien publier les motifs utilisés pour justifier le refus d'autorisation donné à une entreprise.

Cette situation empêche les entreprises de savoir de quelle manière les larges pouvoirs discrétionnaires de l'AMF sont appliqués. Dans une optique de transparence et afin de favoriser la conformité à la loi, il est essentiel que ces informations soient rendues publiques.

Il s'agit d'une question de transparence. Par exemple, la Régie du bâtiment publie les décisions en vertu desquelles elle sanctionne des entrepreneurs. Le gouvernement devrait donc demander à l'AMF de rendre publiques ses décisions.

3) Coordination des poursuites

Le projet de loi confie au ministre de la Justice le rôle de coordonner les recours qui pourraient être entrepris pour indemniser les différents organismes publics. Il pourra, à cet effet, intenter les recours lui-même ou encore autoriser un organisme public à procéder (articles 4 et 11).

L'ACRGTQ est favorable à ce que le ministre de la Justice exerce et coordonne les recours judiciaires visés par cette loi. Il nous apparaît plus raisonnable qu'une action publique concertée et transparente soit adoptée plutôt que de multiplier les divers recours de différents organismes publics.

Dans un souci de transparence et de séparation des pouvoirs, le gouvernement devrait aussi confier au Commissaire à la lutte contre la corruption (UPAC), le pouvoir de recommander au ministre de la Justice quels sont les recours qui doivent être intentés. Cette mesure aurait l'avantage d'améliorer l'indépendance du processus. Il convient de rappeler qu'il a été allégué devant la Commission Charbonneau que différentes fraudes auraient été commises au bénéfice d'élus ou de partis politiques.

Or, le législateur a déjà confié au Commissaire à la lutte contre la corruption un rôle de coordination dans la lutte contre la corruption. En effet, la *Loi concernant la lutte contre la corruption* prévoit que :

« Le commissaire a pour mission d'assurer, pour l'État, la coordination des actions de prévention et de lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public. Il exerce les fonctions qui lui sont conférées par la présente loi, avec l'indépendance que celle-ci lui accorde. »⁵

Depuis l'adoption de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats public*, le Commissaire est également responsable de recommander à l'AMF quelles sont les entreprises qui satisfont aux critères d'intégrité recherchés par la loi. Le Commissaire pourrait donc également recommander au ministre de la Justice quelles entreprises il doit poursuivre pour récupérer les produits de la lutte contre la corruption. Ceci permettrait d'assurer que seules les entreprises qui ont réellement commis des fraudes soient poursuivies et éviterait ainsi des recours non nécessaires.

La mise en œuvre de notre recommandation aurait peut-être également un effet bénéfique sur la consolidation du rôle de l'UPAC dans la lutte contre la criminalité et la corruption dans le secteur public.

⁵ Article 4.

4) Contrats visés

Le projet de loi concerne les contrats de « l'industrie de la construction » (art. 1 et 2).

Par ailleurs, le projet de loi prolonge le délai de prescription des poursuites à 5 ans (art.9). Il prévoit aussi que le ministre de la Justice dispose d'un délai de 5 ans pour entreprendre des recours relatifs à des contrats réalisés dans les 15 dernières années (art. 34).

L'ACRGTQ croit que le projet de loi devrait s'appliquer à tous les contrats publics et non seulement aux contrats dans l'«industrie de la construction ». Tous les contrats assujettis à la *Loi sur les contrats des organismes publics*, à la *Loi sur les cités et villes* et au *Code municipal* devraient être visés.

Pour quelle raison le gouvernement limite-t-il cette initiative de lutte contre la fraude à l'industrie de la construction alors que la fraude est susceptible de se produire dans tous les secteurs, qu'il s'agisse de contrats de travaux de construction, de services ou encore d'approvisionnement?

D'ailleurs, le mandat accordé en 2011 à l'Unité permanente anti-corruption (UPAC) en vertu de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*⁶ ne s'arrête pas à l'industrie de la construction, il concerne tout le secteur public⁷. Le présent projet de loi devrait donc également viser tout le secteur public.

Étendre l'application du projet de loi à tous les contrats du secteur public permettrait également d'éviter les écueils du choix d'une définition, tout en rendant l'application de la loi encore plus large et efficace.

Par exemple, le projet de loi se limite aux contrats de construction « *de la nature de ceux prévus* » à la Loi R-20⁸. Cette loi définit la « *construction* » de la manière suivante : « *les travaux de fondation, d'érection, d'entretien, de rénovation, de réparation, de modification et de démolition de bâtiments et d'ouvrages de génie civil exécutés sur les lieux mêmes du chantier et à pied d'oeuvre, y compris les travaux préalables d'aménagement du sol [...]* »⁹

Or, tous les travaux ne sont peut-être pas visés par la définition de cette loi. Par exemple, quelqu'un pourrait prétendre que les travaux de déneigement, ou encore que certaines activités d'un promoteur immobilier (par exemple l'achat de terrains) ne sont pas visés par la définition de cette loi. L'existence de stratagèmes frauduleux dans ces domaines fut néanmoins alléguée devant la Commission Charbonneau. De plus, l'existence de la collusion est soupçonnée dans

⁶ L.R.Q., chapitre L-6.1.

⁷ *Loi concernant la lutte contre la corruption*, précitée, article 3.

⁸ *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q, chapitre R-20.

⁹ *Id.*, art. 1 f).

d'autres secteurs tels que l'industrie pharmaceutique ou informatique¹⁰. Le gouvernement ne peut donc pas se limiter à la construction.

L'ACRGQTQ a aussi quelques réserves sur les effets pouvant être assimilés à des effets « rétroactifs » de ce projet de loi en raison de l'extension de la prescription qui y est prévue.

Nous nous permettons simplement de vous rappeler à ce sujet les commentaires du Barreau du Québec sur le fait que de telles procédures doivent être exceptionnelles puisqu'elles menacent la sécurité juridique :

« D'autre part, les justiciables doivent pouvoir connaître à l'avance les règles juridiques qui s'appliquent à eux et adapter leur comportement en conséquence. La règle de droit doit être prévisible. Lorsque le législateur impose rétroactivement de nouvelles règles de responsabilité aux justiciables, il affecte la sécurité juridique. Dans des circonstances exceptionnelles, il peut arriver que l'intérêt public commande l'adoption de lois rétroactives. Cependant, le législateur doit éviter l'utilisation répétée de ce type de législation. En effet, comment le citoyen, y compris le citoyen corporatif, peut-il être certain de ses droits et obligations si le législateur peut à tout moment changer rétroactivement les règles du jeu? [...] »¹¹

¹⁰« Informatique: le SFPQ flaire la collusion », La Presse canadienne, 13 janvier 2013, en ligne : <http://journalmetro.com/actualites/national/222057/informatique-le-sfpq-flaire-la-collusion/>

¹¹Lettre du Barreau du Québec concernant le projet de loi 43, 9 juin 2009.

5) Présomption de préjudice

Le projet de loi prévoit qu'une entreprise sera présumée avoir causé un préjudice à un organisme public lorsqu'il sera prouvé que l'entreprise « a fraudé ou s'est livrée à une manœuvre dolosive » (art. 3, 1^{er} al.).

L'article 3 du projet de loi prévoit spécifiquement ce qui suit :

« Sur preuve qu'une entreprise a fraudé ou s'est livrée à une manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public, elle est présumée avoir causé un préjudice à l'organisme public concerné.

Dans un tel cas, la responsabilité de ses dirigeants ou de ses représentants, agissant à quelque titre que ce soit au moment de la fraude ou de la manœuvre dolosive, est engagée à moins qu'ils démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

Les entreprises et les personnes visées respectivement aux premier et deuxième alinéas sont solidairement responsables du préjudice causé. »

L'ACRGTO se questionne sur les raisons qui motivent l'adoption de ces règles qui dérogent au droit commun. Nous souhaitons que le gouvernement explique et démontre la nécessité de bouleverser de la sorte les règles habituelles de la responsabilité civile prévues au Code civil du Québec et ce, avant d'adopter ce projet de loi.

Les règles du Code prévoient en effet déjà que le fait de commettre une faute engage la responsabilité de son auteur, et la commission d'une fraude constitue certainement une faute. La personne qui a été victime de cette faute doit par la suite prouver le dommage qui lui a été causé par cette faute et, s'il y a un lien entre les deux, le tribunal ordonnera une compensation.

Pour l'instant, à moins que le gouvernement ne démontre le contraire, nous ne voyons pas ce qui empêche le Procureur général d'intenter des poursuites civiles contre des entreprises de construction qui auraient commis des fraudes et de prouver que l'État en fut lésé.

Par ailleurs, la formulation de l'article 3 du projet de loi semble soulever davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses :

- Quelle est la nature de la « preuve » de fraude? Est-ce qu'il s'agit bien d'une preuve au sens des règles de preuve habituelles du Code civil du Québec?
- Qui sera le juge de cette preuve? Est-ce que ce sera le ministre ou bien le juge du tribunal civil où la poursuite sera intentée?

Nous croyons que le projet de loi pourrait être précisé afin de répondre à ces questions.

Quoi qu'il en soit, nous présumons de ces dispositions que le gouvernement souhaite créer une présomption de préjudice en faveur de l'État. Il ne s'agit cependant pas d'une présomption qu'il y a eu fraude. Il n'y a donc pas de déplacement du fardeau de preuve qui repose sur les épaules du poursuivant public vers les entreprises poursuivies, relativement à la preuve de la fraude.

Ainsi, s'il souhaite réussir dans ses procédures judiciaires, le Procureur général devra prouver que les entreprises visées ont fraudé ou se sont livrées à des manœuvres dolosives. C'est uniquement lorsque cette preuve sera réalisée que les entreprises seront présumées avoir causé un préjudice à un organisme public.

Nous présumons également que cette preuve devra être réalisée par le Procureur général selon les règles de preuve usuelle des tribunaux civils prévues au *Code civil du Québec*¹². C'est donc dire que le Procureur général devra prouver ces faits selon la prépondérance de preuve¹³.

Même si la preuve de fraude qui doit être présentée fait référence à des actes criminels, le poursuivant public n'aura pas le même fardeau de preuve que lors de poursuites découlant d'accusations criminelles. En effet, la preuve, dans une poursuite civile, qu'une infraction criminelle a été commise s'établit de façon prépondérante et non avec une preuve hors de tout doute raisonnable¹⁴.

Or, les règles de preuve prévoient également que la preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tout moyen dans le cadre de procédures civiles¹⁵. Est-ce que cela veut dire que les témoignages présentés devant la Commission Charbonneau pourront être utilisés sans réserve pour prouver l'existence de la fraude? Il y aura probablement un débat à ce sujet, puisqu'il faut rappeler que la preuve par oui-dire est admise devant une commission d'enquête alors qu'elle est en principe prohibée devant un tribunal civil¹⁶.

De plus, l'immunité des témoins prévue à la *Loi sur les commissions d'enquête*¹⁷ est relative. Elle sera probablement de peu d'utilité pour empêcher l'utilisation de ces témoignages dans le cadre d'une poursuite civile. En effet, elle se à ce que « *nulle réponse donnée par une personne ainsi entendue comme témoin ne peut être invoquée contre elle dans une poursuite en vertu d'une loi, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.* »

Quoi qu'il en soit, nous comprenons que les règles de preuve applicables, même dans le cadre de poursuites intentées en vertu du présent projet de loi, font que le Procureur général devra présenter une preuve prépondérante à l'effet que les entreprises auront commis une fraude. Il

¹² Article 2803 et suivants.

¹³ *Code civil du Québec*, art. 2804.

¹⁴ *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.* [1982] 1 R.C.S. 165

¹⁵ *Code civil du Québec*, art. 2857.

¹⁶ L'article 2843 du *Code civil du Québec* renferme la prohibition du oui-dire. Une déclaration écrite antérieure pourrait cependant être admise en preuve, selon certaines conditions, avec la permission du tribunal en vertu de l'article 2870.

¹⁷ L.R.Q., chapitre C-37, art. 11.

ne pourra pas tout simplement baser des poursuites contre une entreprise sur le seul fait qu'elle aura été citée à la Commission Charbonneau.

Nous comprenons par ailleurs que le régime de poursuite exceptionnel qui sera instauré en vertu de ce projet de loi possède certaines similitudes avec la *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*.¹⁸ En adoptant cette loi en 2009, le législateur québécois avait imité d'autres législatures canadiennes ayant mis en place des règles de procédures spéciales et exceptionnelles afin de poursuivre devant les tribunaux les compagnies de tabac. Ce genre de loi a d'ailleurs été jugé valide par la Cour suprême du Canada.¹⁹ Le plus haut tribunal du pays affirmait alors que :

L'édition de la Loi par la législature n'a porté atteinte à aucun aspect fondamental de la fonction juridictionnelle des tribunaux. Un tribunal appelé à instruire une action introduite sous le régime de la Loi conserve en tout temps sa fonction juridictionnelle et sa capacité d'exercer cette fonction sans ingérence. Il doit statuer de façon indépendante sur l'applicabilité de la Loi à la demande présentée par le gouvernement, comme il doit apprécier de façon indépendante les éléments de preuve soumis à l'appui et à l'encontre de cette demande. Il doit aussi évaluer de façon indépendante le poids de cette preuve, et alors il doit déterminer, de la même manière, si son appréciation de la preuve justifie une conclusion de responsabilité. Le fait que la Loi déplace certains fardeaux de la preuve, ou qu'elle limite la contraignabilité à l'égard de renseignements que les appelants estiment pertinents, ne fait en aucun cas obstacle, ni en apparence ni en réalité, à la fonction juridictionnelle du tribunal ou à l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. L'indépendance judiciaire peut s'accommoder de l'introduction de règles de procédure civile et de preuve novatrices.

[...]

De plus, les nouvelles règles ne sont pas nécessairement injustes. En effet, les fabricants de tabac poursuivis en application de la Loi subiront un procès équitable au civil, suivant le sens habituellement attribué à ce concept : ils ont droit à une audition publique, devant un tribunal indépendant et impartial, et ils peuvent contester les réclamations de la demanderesse et produire des éléments de preuve en défense. Le tribunal ne statuera sur leur responsabilité qu'à l'issue de cette audition, en se fondant exclusivement sur son interprétation du droit qu'il applique à ses conclusions de fait. Le fait que les défendeurs puissent estimer que le droit (c.-à-d. la Loi) est injuste, ou que les règles de procédure qu'il prescrit sont nouvelles, ne rend pas leur procès inéquitable.

¹⁸ L.R.Q., chapitre R-2.2.0.0.1

¹⁹ C.-B. c. *Imperial Tobacco Canada Ltée* [2005] 2 R.C.S. 473

C'est le cas aussi avec le projet de loi à l'étude, les entreprises visées auront l'occasion de se défendre.²⁰ Le projet de loi prévoit d'ailleurs spécifiquement que la présomption de responsabilité des dirigeants et représentants pourra être renversée s'ils démontrent avoir agi avec soin.

Dans ces conditions, l'ACRGQTQ ne s'opposerait pas l'adoption de cette mesure.

La question qu'il faut se poser relativement au projet de loi à l'étude consiste donc non pas à se demander s'il est juste et légal d'adopter une telle procédure, mais plutôt s'il est opportun de le faire. Il sera intéressant de voir ce qu'auront à dire les experts des questions juridiques, tels que le Barreau du Québec, sur cette question.

Le Barreau du Québec avait d'ailleurs émis de sérieuses réserves, en 2009, lors de l'adoption de la loi spéciale pour les compagnies de tabac. Le Barreau était alors préoccupé par la menace à la sécurité juridique que représente une telle mesure législative²¹.

Considérant les atteintes au principe de la sécurité juridique et considérant les conséquences potentielles pour les entreprises, l'ACRGQTQ recommande que les éventuelles poursuites soient entreprises avec prudence et diligence. À ce titre, le ministre de la Justice devrait également, avant l'adoption du projet de loi, expliquer davantage quel genre de recours il entend entreprendre.

Finalement, le gouvernement a-t-il envisagé, plutôt que de changer les règles de preuves, de prévoir des mécanismes facilitant la communication des preuves amassées au fil des différentes enquêtes (UPAC et autres) afin de permettre qu'elles soient adéquatement utilisées dans le cadre de poursuites civiles traditionnelles?

Si des entreprises ont commis des fraudes, toutes les preuves de ces fraudes doivent être communiquées au Procureur général afin que l'État soit compensé pour les dommages qu'il a subis. Plutôt que de faire peser des risques sur l'ensemble des entreprises, nous croyons que les enquêtes administratives et policières devraient permettre d'intenter des poursuites civiles en recouvrement, ciblées et percutantes, contre les entreprises fraudeuses.

²⁰De plus, puisqu'il semble s'agir d'une présomption simple, l'article 2847 du *Code civil du Québec* prévoit qu'elle pourra être renversée.

²¹Lettre du Barreau du Québec concernant le projet de loi 43, 9 juin 2009.

6) Responsabilité des dirigeants et représentants

Le projet de loi prévoit que la responsabilité des dirigeants et représentants, agissant à quelque titre que ce soit, est engagée solidairement avec celle de l'entreprise.

Les dirigeants et représentants pourront se dégager de cette responsabilité à condition « *qu'ils démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente* ». (art. 3, 2^e et 3^e al.)

L'ACRGTQ est d'avis que ces dispositions sont susceptibles de compromettre les droits d'individus qui n'ont rien à se reprocher. Elles devraient donc être limitées aux réels dirigeants et administrateurs de l'entreprise visée ayant commis des fraudes et non à tout le personnel.

La loi définit bien la notion de dirigeant²³. Considérant les rôles et responsabilités généralement confiés aux dirigeants et administrateurs par la loi, il peut être justifié de faire peser sur ceux-ci une présomption de responsabilité solidaire. Ces mesures pourront également être utiles au poursuivant public pour éviter certains écueils qui pourraient lui être occasionnés par le voile corporatif.

D'ailleurs, le *Code civil du Québec* prévoit déjà à son article 317 que :

« La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. »

La jurisprudence a ainsi développé en application de cet article une théorie qui permet aux tribunaux de « soulever le voile corporatif » lorsqu'une entité corporative est utilisée par une personne physique pour masquer une fraude ou se soustraire à ses responsabilités. Nous comprenons qu'avec la mesure prévue au projet de loi, le législateur soulève lui-même d'entrée de jeu le voile corporatif afin de recouvrer des sommes directement auprès des dirigeants et représentants et ce, afin de faciliter le travail du Procureur général.

Par contre, la notion de « *représentants* » est beaucoup trop large, surtout que le projet de loi précise que la présomption s'applique à tout « *représentant agissant à quelque titre que ce soit.* » Nous craignons que cette définition trop large ne fasse reposer des risques trop importants à des individus qui n'exercent aucune autorité dans les entreprises.

Nous ne doutons pas qu'il soit possible que de simples représentants agissant à quelque titre que ce soit puissent être impliqués dans des fraudes. Cependant, il ne nous apparaît pas justifié d'appliquer une présomption de responsabilité solidaire à tous ces représentants.

²³ Il s'agit, selon la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., chapitre S-31.1, des personnes suivantes : « *le président, le responsable de la direction, le responsable de l'exploitation, le responsable des finances et le secrétaire d'une société ou toute personne qui remplit une fonction similaire, ainsi que toute personne désignée comme tel par résolution du conseil d'administration;* »

Est-ce que le simple fait d'avoir été l'employé d'une compagnie ayant commis des fraudes ou ayant usé de manœuvre dolosives pourrait suffire à engager la responsabilité de cet employé?

Le Code civil du Québec prévoit aussi qu' :

« En cas de fraude à l'égard de la personne morale, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, tenir les fondateurs, les administrateurs, les autres dirigeants ou les membres de la personne morale qui ont participé à l'acte reproché ou en ont tiré un profit personnel responsables, dans la mesure qu'il indique, du préjudice subi par la personne morale. »

On constate à la lecture de cet article que le législateur passe outre le principe de la personnalité juridique distincte des personnes morales afin de tenir responsables toutes personnes physiques au sein de la personne morale. Même là, il limite toutefois cette possibilité aux cas où ces personnes physiques *« ont participé à l'acte reproché ou en ont tiré un profit personnel »*.

Nous sommes d'avis que la même limitation devrait être appliquée, dans le cadre de ce projet de loi, aux « représentants agissant à quelque titre que ce soit » autres que les dirigeants. C'est-à-dire que leur responsabilité ne devrait être engagée que dans les cas où il est prouvé qu'ils « ont participé à l'acte reproché ou en ont tiré un profit personnel ». La présomption ne devrait pas pouvoir s'appliquer à l'égard de simples employés.

Il faudrait également permettre à ceux-ci de se dégager de leur responsabilité dans les cas où ils pourraient avoir participé à leur insu à de telles manœuvres.

Il convient de rappeler qu'avant l'adoption d'une procédure de dénonciation et de protection contre les mesures de représailles, en 2011, en vertu de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*²⁴, les employés n'étaient pas protégés adéquatement en cas de dénonciation. Cette loi a corrigé en partie cette lacune en garantissant certaines protections contre les représailles. Il ne nous apparaît donc pas raisonnable de présumer responsable des personnes qui n'ont aucun contrôle sur les actions de l'entreprise et qui ne pouvaient bénéficier à l'époque d'aucune protection en cas de dénonciation.

²⁴ Articles 26 à 35.

7) Partage de responsabilité

Le projet de loi ne prévoit pas la possibilité pour les entreprises et les individus poursuivis de demander un partage de responsabilité. Le projet de loi ne prévoit rien non plus pour les représentants d'organismes publics (fonctionnaires) ou encore les tiers impliqués dans la fraude.

Il convient de rappeler que l'industrie de la construction est une industrie où se multiplient les intervenants : donneurs d'ouvrage, mandataires (ingénieurs et architectes), entrepreneurs, sous-traitants, sous-sous-traitants, fournisseurs de matériaux, etc. L'ACRGTQ croit donc que le projet de loi devrait prévoir un mécanisme permettant au tribunal de partager la responsabilité entre différents défendeurs.

La Commission Charbonneau a d'ailleurs révélé que les fraudes alléguées étaient souvent orchestrées par différents intervenants. Par exemple, un ingénieur mandataire du donneur d'ouvrage recommande la facturation de faux dépassements de coûts par l'entrepreneur et le fonctionnaire corrompu approuve les paiements frauduleux. Or, dans cette situation, nous sommes d'avis que tous les intervenants doivent assumer leur responsabilité et payer pour leurs fraudes respectives.

La *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*²⁵ prévoit de son côté différentes mesures de partage de la responsabilité.²⁶ Bien que cette loi présume la solidarité entre les défendeurs, comme le présent projet de loi, elle permet aussi au tribunal d'effectuer un partage de la responsabilité et d'autoriser des actions récursoires. Il est également loisible au tribunal de réduire le montant des dommages d'une partie en raison de l'existence de motifs particuliers.

Les mêmes dispositions devraient être ajoutées au projet de loi n° 61. Le projet de loi devrait également permettre de poursuivre des individus qui ne sont pas des dirigeants ou représentants de la compagnie, tels que des représentants de donneurs d'ouvrage (fonctionnaires) ou des tiers (firmes de génie, élus, représentants de partis politiques, etc.). Tous les intervenants devraient assumer leurs responsabilités.

²⁵ L.R.Q., chapitre R-2.2.0.0.1

²⁶ Notamment aux articles 19, 23 et 26.

8) Détermination du montant du préjudice

Le projet de loi prévoit que le montant à rembourser correspondra « à une somme équivalent à un pourcentage du montant total payé par l'organisme public concerné pour le contrat visé. » C'est le gouvernement qui déterminera ce pourcentage en le publiant à la Gazette officielle (art. 5).

Le ministre de la Justice pourra également réclamer un montant supplémentaire, sous réserve d'en faire la preuve (art. 5).

Le ministre de la Justice s'exprimait ainsi lors de la présentation initiale du projet de loi : « Pourquoi il y a autant de dénonciations d'actes de corruption ou de collusion dans les dernières années, mais qu'il y a si peu de poursuites? C'est que, dans les faits, au niveau juridique, le dommage, il est très dur à démontrer »²⁷.

Puisque ce préjudice est très difficile à démontrer, de quelle manière sera-t-il déterminé par le gouvernement? L'ACRGTQ recommande, dans un souci de transparence, que le ministre dévoile, avant l'adoption du projet de loi, la manière dont il entend déterminer le préjudice.

Le gouvernement devra d'ailleurs résister à la tentation de déterminer le pourcentage du dommage en le fixant arbitrairement à, par exemple, 30 % de la valeur du contrat en raison de la seule multiplication d'allégations à l'effet que le coût des infrastructures serait de 30 % plus élevé au Québec.

Des études indépendantes ont d'ailleurs démontré qu'il n'était pas possible de dire que le coût des travaux au Québec était généralement plus élevé qu'ailleurs²⁸. Le fait que plusieurs témoins mentionnent un tel pourcentage ne rend pas ce pourcentage véridique et bien fondé. D'ailleurs, la majorité des gens ayant témoigné à ce sujet étaient présentés comme des fraudeurs. Dans plusieurs des cas allégués devant la Commission Charbonneau, les coûts supplémentaires représentent plus que 30 % ou moins que 30 % de la valeur initiale du contrat. D'ailleurs, un des principaux stratagèmes évoqués devant cette Commission consistait à fausser le prix des estimés budgétaires afin de favoriser quelques entreprises collusionnaires. Comment peut-on calculer un pourcentage de dommage à partir d'un estimé faussé?

Il y a donc un minutieux exercice d'évaluation des dommages à faire avant de déterminer ce pourcentage. Or, cet exercice relève davantage de la juricomptabilité que de la politique. Il ne

²⁷ <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201311/13/01-4710400-construction-quebec-veut-recuperer-largent-verse-en-trop.php>

²⁸ « Les coûts comparatifs de la construction des routes au Québec par rapport au Canada », Les conseillers Adec inc., 13 mai 2010, en ligne : <http://www.acrgtq.qc.ca/images/contenu/liens-doc/direction-generale/Couts-des-routes-au-Qc.pdf>; « 2% moins cher au Québec », Union des municipalités du Québec, 25 mars 2010, en ligne : http://www.umq.qc.ca/uploads/files/pub_autres/AnalyseUMQ-Couts-routiers-25mars10.pdf; « Comparaison des coûts de construction routière entre le Québec, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick », Ministère des Transports du Québec, 15 juillet 2010, en ligne : http://www.mtq.gouv.qc.ca/portal/page/portal/Librairie/Publications/fr/salle_presse/2010/20100715_qc_ontario_c omp_nouveau_brunswick/comparable_qc_nbrunswick_ontario_present.pdf.

doit pas être arbitraire, mais juste. L'ACRGTQ recommande donc que le gouvernement mandate des experts (ou encore le vérificateur général) pour qu'ils retiennent différents critères de détermination de tels dommages. Le tout devrait par la suite être rendu public avant l'institution de procédures judiciaires.

Par ailleurs, le projet de loi prévoit des immunités pour les fonctionnaires qui vont administrer le programme de remboursement volontaire²⁹. Nous croyons qu'il serait opportun que ces articles soient précisés afin qu'ils ne soient pas interprétés afin d'empêcher à une entreprise qui serait poursuivie en vertu de cette loi d'interroger les fonctionnaires ayant participé à la détermination du préjudice (fixé en vertu de l'article 5) dans le cadre de ces procédures. De tels interrogatoires pourraient effectivement être nécessaires à une entreprise poursuivie afin de lui assurer le droit à une défense pleine et entière.

²⁹Articles 12 et suivants

9) Hypothèques légales et autres conséquences

Le projet de loi prévoit la possibilité, pour le ministre de la Justice, et avec la permission d'un tribunal, d'inscrire une hypothèque légale grevant les biens de l'entreprise et des dirigeants et représentants concernés (art. 8).

L'ACRGTO comprend que le gouvernement souhaite se munir de sûretés lui permettant de garantir ces créances lorsqu'elles peuvent être en péril. Cependant, considérant que les poursuites en vertu de cette Loi peuvent viser tous les dirigeants et représentants des entreprises concernés, nous sommes d'avis que cette mesure est à reconsidérer.

L'ACRGTO s'inquiète du fait que de simples représentants d'entreprises poursuivies puissent voir leurs biens grevés d'hypothèques légales, avec toutes les conséquences que cela pourrait avoir.

Nous comprenons que le tribunal n'autorisera le recours à cette mesure que dans les cas où le recouvrement de la créance pourrait être compromis. Nous sommes cependant d'avis que cette mesure extraordinaire devrait être balisée davantage. Par exemple, elle pourrait être limitée aux dirigeants.

10) Pouvoir réglementaire soustrait à la Loi sur les règlements

Le projet de loi prévoit que le gouvernement pourra adopter par règlement, toute autre mesure nécessaire ou utile à l'application de la Loi. Il est également prévu que ce pouvoir réglementaire sera soustrait aux obligations de publication prévues à la Loi sur les règlements (art. 35).

L'ACRGTQ comprend que le gouvernement souhaite se donner des pouvoirs réglementaires complémentaires afin d'appliquer cette Loi de manière utile. Nous sommes cependant d'avis qu'il n'est pas opportun de soustraire le tout aux obligations de prépublication de la *Loi sur les règlements*.

Le processus de prépublication de la *Loi sur les règlements* nous apparaît important dans un système démocratique : les parties prenantes doivent pouvoir s'exprimer avant que le gouvernement ne leur impose des règles et obligations, en toute transparence.

La *Loi sur le développement durable*, laquelle s'applique à tout le gouvernement, prévoit d'ailleurs expressément ce qui suit à propos du principe de participation et d'engagement : « *la participation et l'engagement des citoyens et des groupes qui les représentent sont nécessaires pour définir une vision concertée du développement et assurer sa durabilité sur les plans environnemental, social et économique* ». ³⁰

L'ACRGTQ dénonce donc cette tendance du pouvoir exécutif à vouloir se soustraire au processus de prépublication de la *Loi sur les règlements*. Quoi qu'il en soit, dans la situation actuelle, nous sommes d'avis que cette dérogation n'est pas nécessaire.

³⁰ Article 6^e)