

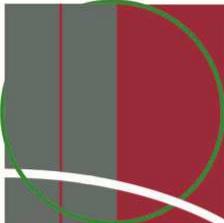
Commentaires de l'ACRGQTQ

Projet de loi n° 26

Loi visant principalement la récupération de
sommes obtenues à la suite de fraudes ou de
manœuvres dolosives dans le cadre de contrats
publics

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 15 janvier 2015

Table des matières

Table des matières	2
Introduction.....	3
Mise en contexte et présentation de l'ACRGTO.....	3
Commentaires généraux	5
Commentaires sur le projet de loi.....	6
1) Programme de remboursement volontaire	6
2) Révision de la Loi sur les contrats des organismes publics	7
3) Coordination des poursuites	10
4) Délai de prescription	12
5) Présomption de préjudice	13
6) Responsabilité des dirigeants et administrateurs	18
7) Partage de responsabilité.....	20
8) Condamnation aux frais engagés	21
9) Hypothèque légale avant jugement	22
10) Pouvoir réglementaire soustrait à la Loi sur les règlements	23

Introduction

Mise en contexte et présentation de l'ACRGTO

Les allégations des dernières années et les travaux de la Commission Charbonneau¹ qui se sont terminés au courant de l'automne dernier 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'Association des constructeurs de routes et grands travaux du Québec (ACRGTO) est heureuse de pouvoir présenter ses commentaires à l'égard du projet de loi n° 26 (projet de loi).

L'ACRGTO, incorporée en 1944, représente les principaux entrepreneurs qui réalisent les travaux de construction de génie civil et de voirie au Québec. Elle regroupe également l'ensemble des employeurs du secteur génie civil et voirie en vertu de la *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* (Loi R-20). À ce titre, elle représente près de 3 000 entreprises actives au sein de l'industrie de la construction de routes, d'ouvrages de génie civil et de grands travaux, lesquelles emploient près de 41 000 salariés ayant travaillé 32,3 millions d'heures en 2013.

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, 61, 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 Charbonneau.

Elle tient à souligner qu'à titre de participante à la Commission Charbonneau, elle a assuré la présence constante de ses avocats, dont M^e Denis Houle, pendant toute la durée des travaux et ce, depuis juin 2012. Cette présence constante était justifiée, considérant que la majorité des contrats publics octroyés par le ministère des Transports du Québec (MTQ), les municipalités et les sociétés d'État, principalement Hydro-Québec, est attribuée à près de 3 000 entreprises représentées par l'ACRGTO dans le secteur génie civil et voirie.

Également, elle tient à préciser que par les interventions et interrogatoires de M^e Houle, elle a concrètement contribué aux travaux de la Commission de la façon suivante :

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

- a) Dissocier les firmes et les entreprises responsables de la mise en place et de la participation à ces stratagèmes de l'ensemble de l'industrie honnête qui souffre de cette concurrence déloyale et d'une réputation négative qui l'éclabousse;
- b) Être la porte-parole d'une industrie économique vitale constituée majoritairement d'entrepreneurs intègres et respectueux des lois et de l'éthique;
- c) Représenter et défendre l'ensemble de l'industrie par les interrogatoires les plus constants et réguliers de ses avocats devant la Commission, en ne se limitant pas aux entrepreneurs du secteur génie civil et voirie;
- d) Contribuer à l'établissement d'un environnement intègre et concurrentiel pour les entreprises qui construisent les infrastructures sur le territoire québécois au bénéfice de l'ensemble de la société québécoise;
- e) Collaborer avec la Commission et ses procureurs afin de comprendre et d'identifier les stratagèmes de collusion et de corruption.

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 efficaces soient adoptées afin de sanctionner les délinquants sans pénaliser injustement les entrepreneurs intègres qui représentent la forte majorité de notre industrie.**

Commentaires généraux

L'ACRGTO accueille favorablement les principes généraux du projet de loi n°26 intitulé *Loi visant principalement la récupération de sommes obtenues à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*.

En effet, si des entreprises et des personnes 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 les travaux de la Commission Charbonneau et les allégations de corruption concernant certaines entreprises. En effet, un climat de méfiance et de suspicion s'est installé au sein des relations entre donneurs d'ouvrage, ingénieurs-conseils et entrepreneurs.

De plus, les obligations légales et contractuelles des entrepreneurs ont augmenté, de même que les risques qu'ils doivent supporter. Sans vouloir critiquer la nécessité de certaines mesures, il n'y a qu'à penser :

- Au régime d'autorisation de l'Autorité des marchés financiers (AMF) 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 entreprises et individus délinquants. Ceux-ci se doivent de payer pour les dommages qu'ils peuvent avoir causé au trésor public et à toute l'industrie de la construction.

Il s'ensuit que l'ACRGTO accueille favorablement les principes du projet de loi n° 26. Néanmoins, elle désire émettre certains commentaires, recommandations et réserves à son égard, lesquels sont plus amplement expliqués dans le présent mémoire.

Elle tient 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 contreviennent aux lois doivent en assumer les conséquences. L'ACRGTO n'a pas l'intention de parler pour ou au nom de ceux-ci. Elle parle au nom de la forte majorité des entrepreneurs qui sont honnêtes et intègres et ses interventions visent avant tout à ce que des mesures efficaces et efficientes soient adoptées afin de sanctionner les délinquants sans pénaliser injustement les entrepreneurs honnêtes et respectueux des lois et de l'éthique.

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 à durée déterminée. 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 un tribunal judiciaire ou devant une personne ou un organisme de l'ordre administratif lorsqu'il exerce des fonctions juridictionnelles (art. 3 à 9).

L'ACRGTO est en faveur de ce programme qui pourra 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.

L'ACRGTO est satisfaite 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 concernées de commenter les modalités de ce programme et de l'ajuster, le cas échéant.

2) Révision de la Loi sur les contrats des organismes publics

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

Les modifications les plus importantes visent à assouplir les critères d'émission d'une autorisation de contracter. Elles concernent les articles 21.26 et 21.28 de la LCOP à l'égard des quatre (4) 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 reconnue par un tribunal étranger qui aurait pu faire l'objet d'une poursuite en vertu d'une infraction visée à l'annexe 1 de la Loi;*
- *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).*

Tel que le prévoit la LCOP à l'heure actuelle, ces quatre situations entraînent automatiquement un refus d'autorisation de la part de l'AMF. Les modifications proposées dans le projet de loi auront pour effet qu'une demande d'autorisation de contracter présentée à l'AMF ne sera plus automatiquement rejetée en raison du fait que l'entreprise a été condamnée d'une infraction identifiée précédemment (art. 27 et 28).

Par ailleurs, le projet de loi prévoit qu'une entreprise ne sera pas automatiquement inscrite au RENA² en raison d'une infraction visée, 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. 26).

Enfin, le projet de loi est à l'effet qu'une personne inscrite au RENA, pour des motifs autres que ceux d'avoir subi un refus d'autorisation ou une révocation de la part de l'AMF, sera autorisée à produire une demande d'autorisation (art. 29).

Recommandations :

- Toutes les situations de refus automatique prévues à l'article 21.26 de la LCOP devraient être déplacées à l'article 21.28 afin d'en faire des motifs discrétionnaires;
- Les décisions de l'AMF en vertu du chapitre V.2 de la LCOP devraient être rendues publiques.

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

L'ACRGTO est favorable à ces modifications. Elle est d'avis qu'elles contribueront à rendre l'application de la LCOP³ plus pragmatique.

Malgré cette révision, le refus demeure automatique dans les situations où les infractions prévues à l'annexe 1 sont commises par des actionnaires ou administrateurs ou lorsque l'entreprise est déclarée coupable d'une infraction en matière de financement électoral⁴.

De telles situations devraient également faire l'objet du projet de loi et ne pas occasionner un refus automatique de la part de l'AMF. Autrement dit, l'appréciation de ces situations devrait également être confiée au pouvoir discrétionnaire de l'AMF en vertu de l'article 21.28 de la LCOP. Celle-ci, de concert avec l'Unité permanente anticorruption (UPAC), a effectivement démontré, depuis l'entrée en vigueur de ce régime, qu'elle dispose des ressources, de la compétence, de la rigueur et du professionnalisme afin d'apprécier les critères prévus à la LCOP. L'ACRGTO recommande donc que toutes les situations de refus automatique prévues à l'article 21.26 de la LCOP soient déplacées à l'article 21.28 afin d'en faire des motifs discrétionnaires.

À ce sujet, tel qu'elle l'écrivait dans son mémoire communiqué à la Commission Charbonneau, l'ACRGTO tient à préciser que le pouvoir discrétionnaire octroyé à l'AMF devrait être encadré et se limiter aux critères prévus à l'article 21.28 (qui regrouperait les situations prévues à l'article 21.26) de la LCOP, lequel l'oblige à s'appuyer sur des éléments plus solides, en l'occurrence des condamnations ou des accusations, que la simple réputation de l'entreprise ou des témoignages entendus à la Commission Charbonneau qui ne sont pas corroborés et qui vont à l'encontre des règles de preuve en matière civile et criminelle.

L'ACRGTO souhaite aussi que l'application de la LCOP soit transparente et recommande que le gouvernement demande à l'AMF de rendre publiques les décisions qu'elle rend à ce sujet.

En effet, l'ACRGTO tient à souligner une problématique de transparence dans l'application du chapitre V.2 de la LCOP par l'AMF. Cette dernière refuse de publier les décisions qu'elle rend en vertu des articles 21.27 et suivants de la LCOP 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 publics* étant de favoriser la confiance des citoyens à l'égard des contrats publics, aucune raison ne justifie de cacher ces informations. Sans révéler ses dossiers d'enquêtes et les informations confidentielles qu'elle détient sur les entreprises concernées, l'AMF a l'entier pouvoir de publier ses motifs qui justifient son refus d'autorisation.

La situation actuelle empêche les entreprises de savoir de quelle manière les larges pouvoirs discrétionnaires de l'AMF sont appliqués et de pouvoir, le cas échéant, apporter des correctifs ou prendre les actions qui s'imposent afin de se conformer aux exigences d'intégrité qui leurs

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

sont imposées. Dans une optique de transparence et afin de favoriser la conformité à la LCOP, il est essentiel que ces informations soient rendues publiques.

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 pouvoir d'intenter une action contre une entreprise ou une personne physique après avoir donné un délai raisonnable à l'organisme public pour qu'il intente lui-même une action (article 12).

Recommandations :

- Prévoir le contrôle, par le ministre de la Justice, des recours intentés en vertu du projet de loi, lesquels ne devraient être autorisés que si les faits avérés le justifient suivant une analyse de critères objectifs prédéterminés;
- Confier au Commissaire à la lutte contre la corruption le pouvoir de recommander au ministre de la Justice les recours qui doivent être intentés.

L'ACRGTO est favorable au pouvoir octroyé au ministre d'intenter une action et de transiger sur des sommes qu'il réclame.

Néanmoins, le projet de loi ne prévoit pas que le ministre détient le rôle de coordonner les recours qui pourraient être entrepris pour indemniser les différents organismes publics, à l'exception du cas prévu à l'article 34 du projet de loi. Puisque qu'il prévoit des mesures exceptionnelles dérogeant au cadre juridique actuel, il est primordial qu'un contrôle des recours qui seront entrepris par les organismes publics soit exercé par le ministre. En effet, de tels recours ne devraient être autorisés que si les faits avérés les justifient suivant une analyse de critères objectifs prédéterminés. Il faut catégoriquement éliminer toute forme d'arbitraire qui n'a pas sa place dans notre système juridique actuel. Ce faisant, l'ACRGTO est d'avis que le projet de loi devrait prévoir que le ministre de la Justice exerce et coordonne tous les recours judiciaires visés en l'espèce, suivant un examen de critères objectifs déterminés.

Aussi, dans un souci de transparence et de séparation des pouvoirs, le gouvernement devrait confier au Commissaire à la lutte contre la corruption (Commissaire) le pouvoir de recommander au ministre de la Justice 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 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

⁵ Article 4.

Depuis l'adoption de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, le Commissaire est également responsable d'émettre des recommandations à l'AMF à l'égard des entreprises qui demandent une autorisation. Ce faisant, il devrait également pouvoir recommander au ministre de la Justice les entreprises et les individus qui devraient être poursuivis en vertu du projet de loi. Une telle façon de faire permettrait d'assurer que les recours entrepris en l'espèce sont justifiés et ont fait l'objet, dans certains cas, d'un processus d'enquête.

La mise en œuvre de cette recommandation aurait 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.

4) Délai de prescription

Le projet de loi prévoit que le ministre de la Justice disposera d'un délai de 5 ans pour entreprendre des recours visant à réparer des préjudices causés dans les 20 dernières années (art. 16).

L'ACRGTO a quelques réserves sur les effets pouvant être assimilés à des effets « rétroactifs » de ce projet de loi.

Nous nous permettons simplement de vous rappeler à ce sujet les commentaires du Barreau du Québec sur le fait qu'une telle rétroactivité doit être appliquée de façon exceptionnelle puisqu'elle menace 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? [...] »⁶

⁶Lettre du Barreau du Québec concernant le projet de loi 43, 9 juin 2009.

5) Présomption de préjudice

Le projet de loi propose deux présomptions à l'égard du préjudice. La première dispensera de prouver l'existence d'un préjudice réel, lequel sera présumé une fois la fraude ou la manœuvre dolosive prouvée et la seconde dispensera de prouver la valeur du préjudice. Cette valeur équivaldra à la somme réclamée par l'organisme public concerné lorsque cette somme ne représente pas plus de 15 % du montant total payé pour le contrat visé (art. 10 et 11).

Recommandations :

- Préciser l'article 10 du projet de loi;
- Expliquer davantage les recours qui peuvent être entrepris en vertu du projet de loi;
- Envisager, plutôt que de changer les règles de preuves, de prévoir des mécanismes facilitant la communication des preuves amassées au fil des différentes enquêtes;
- Mandater des experts juricomptables (ou encore le Vérificateur général) afin qu'ils déterminent les différents critères d'évaluation des dommages et les rendre publics.

L'ACRGTO se questionne sur les raisons qui motivent l'adoption de ces règles qui dérogent au droit commun et souhaite 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* (Code).

Les règles du Code prévoient en effet que le fait de commettre une faute engage la responsabilité de son auteur et que la commission d'une fraude constitue 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 le lien de causalité entre les deux. Le cas échéant, le tribunal ordonnera une compensation.

Pour l'instant, à moins que le gouvernement ne démontre le contraire, l'ACRGTO ne voit pas ce qui empêche les organismes publics ou le Procureur général d'intenter des poursuites civiles contre des entreprises ou des individus qui auraient commis des fraudes et de prouver que l'État en fut lésé.

Par ailleurs, la formulation de l'article 10 du projet de loi semble soulever davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses. Entre autres, 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? Le projet de loi pourrait être précisé en ce sens.

Quoi qu'il en soit, l'ACRGTO présume de ces dispositions que le gouvernement souhaite créer des présomptions qui concernent uniquement le préjudice. Il ne s'agit donc pas de présomptions en qui concerne la fraude ou les manœuvres dolosives. Ainsi, il n'y a pas de déplacement du fardeau de la preuve concernant la faute, lequel repose encore sur les épaules du poursuivant.

Ce faisant, c'est uniquement lorsque la faute aura été prouvée que les entreprises seront présumées avoir causé un préjudice à un organisme public.

L'ACRGTO présume également que cette preuve devra être réalisée selon le degré de preuve requis en vertu du Code⁷ soit selon la prépondérance de la preuve.⁸

Même si la fraude en matière civile ne se démarque pas de la fraude en matière criminelle, le poursuivant n'aura pas le même fardeau de preuve. En effet, ce fardeau en matière civile s'établit selon la prépondérance des probabilités et non hors de tout doute raisonnable⁹.

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 civiles¹⁰. Les témoignages présentés devant la Commission Charbonneau ne doivent pas être utilisés sans réserve pour prouver l'existence de la fraude. En outre, il faut rappeler que la preuve par ouï-dire est admise devant une commission d'enquête alors qu'elle est en principe prohibée devant un tribunal civil¹¹.

De plus, l'immunité des témoins prévue à la *Loi sur les commissions d'enquête*¹² 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 prévoit 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, l'ACRGTO en comprend que les règles de preuve applicables, même dans le cadre de poursuites intentées en vertu du présent projet de loi, font en sorte que le Procureur général ou les organismes publics devront prouver, selon la prépondérance des probabilités, la commission d'une fraude ou de manœuvres dolosives. Ils ne pourront pas fonder leur poursuite contre une entreprise sur la seule foi d'allégations devant la Commission Charbonneau.

Par ailleurs, le régime de poursuite exceptionnel qui sera instauré en vertu du 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*.¹³ 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

⁷ Article 2803 et suivants.

⁸ *Code civil du Québec*, art. 2804.

⁹ *Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.* [1982] 1 R.C.S. 165

¹⁰ *Code civil du Québec*, art. 2857.

¹¹ L'article 2843 du *Code civil du Québec* renferme la prohibition du ouï-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.

¹² L.R.Q., chapitre C-37, art. 11.

¹³ L.R.Q., chapitre R-2.2.0.0.1

a d'ailleurs été jugé valide par la Cour suprême du Canada.¹⁴ 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.

Tel est le cas du projet de loi en l'espèce. Les entreprises visées auront effectivement l'occasion de se défendre.¹⁵

Toutefois, la question qu'il faut se poser relativement au projet de loi à l'étude consiste 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 les commentaires des différents juristes tels que le Barreau du Québec sur cette question.

¹⁴ C.-B. c. *Imperial Tobacco Canada Ltée* [2005] 2 R.C.S 473

¹⁵ De plus, puisqu'il semble s'agir d'une présomption simple, l'article 2847 du *Code civil du Québec* prévoit qu'elle pourra être renversée.

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. Il était alors préoccupé par la menace à la sécurité juridique que représente une telle mesure législative¹⁶.

Considérant les atteintes au principe de la sécurité juridique et considérant les conséquences potentielles pour les entreprises, l'ACRGTQ 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 les recours qui peuvent être entrepris en vertu de ce projet de loi.

Également, le gouvernement devrait envisager, plutôt que de changer les règles de preuve, de prévoir des mécanismes facilitant la communication des éléments de preuve amassés au fil des différentes enquêtes (UPAC et autres) afin de permettre qu'ils soient adéquatement utilisés dans le cadre de poursuites civiles.

Si des entreprises ont commis des fraudes, toute la preuves de ces fraudes doit être communiquée 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.

En ce qui concerne la présomption à l'égard de la valeur du préjudice, l'ACRGTQ désire mettre en garde le gouvernement qui doit résister à la tentation de déterminer le pourcentage du dommage en le fixant arbitrairement à 15 % du montant total payé pour le contrat en raison de la seule multiplication d'allégations à l'effet que le coût des infrastructures serait 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'ailleurs¹⁷. Le fait que plusieurs témoins entendus à la Commission Charbonneau aient mentionné un tel fait ne le rend pas véridique et 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 représentaient 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 alors calculer un pourcentage de dommage à partir d'estimés faussés?

¹⁶ Lettre du Barreau du Québec concernant le projet de loi 43, 9 juin 2009.

¹⁷ « *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.mtg.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.

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. Elle ne doit pas être arbitraire, mais juste. L'ACRGTO recommande donc que le gouvernement mandate des experts (ou encore le Vérificateur général) afin qu'ils déterminent les différents critères d'évaluation 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 volontaire¹⁸. L'ACRGTO croit qu'il serait opportun que ces articles soient précisés afin qu'ils ne soient pas interprétés comme visant à empêcher une entreprise qui serait poursuivie en vertu du projet de loi d'interroger les fonctionnaires ayant participé à la détermination du préjudice 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.

¹⁸Article 9

6) Responsabilité des dirigeants et administrateurs

Le projet de loi prévoit que la responsabilité des dirigeants et administrateurs est engagée solidairement avec celle de l'entreprise.

Ils 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. 10, 2^e et 3^e al.)

Quant aux administrateurs, leur responsabilité est engagée seulement s'ils savaient ou auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise.

Recommandation :

- La responsabilité des dirigeants et administrateurs 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.

L'ACRGTO est d'avis que ces dispositions sont susceptibles de compromettre les droits des administrateurs et dirigeants.

La législation définit bien la notion de dirigeant¹⁹. Considérant les rôles et responsabilités confiés aux dirigeants et administrateurs par la loi, il peut être compréhensible de vouloir faire peser sur ceux-ci une présomption de responsabilité solidaire. Ces mesures pourraient également être utiles aux poursuivants en leur évitant certains écueils qui pourraient leur être occasionnés par le voile corporatif.

D'ailleurs, le *Code civil du Québec* prévoit 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 entend soulever d'entrée de jeu le voile corporatif afin de recouvrer des sommes directement auprès des dirigeants et administrateurs et ce, afin de faciliter la preuve du poursuivant.

¹⁹ 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;* »

Or, le Code civil du Québec prévoit ce qui suit :

« 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.²⁰ »

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. Toutefois, il limite cette responsabilité aux cas où ces personnes physiques « *ont participé à l'acte reproché ou en ont tiré un profit personnel* ».

L'ACRGTO est d'avis qu'il devrait en être ainsi dans le cadre de ce projet de loi quant aux administrateurs et dirigeants de l'entreprise visée. 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* ».

²⁰ Code civil du Québec, article 316

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.

Recommandations :

- Prévoir différentes mesures de partage de la responsabilité et permettre au tribunal d'effectuer un partage de la responsabilité et d'autoriser des actions récursoires;
- Permettre au tribunal de réduire le montant des dommages d'une partie en raison de l'existence de motifs particuliers.

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'ACRGTO croit donc que le projet de loi devrait prévoir un mécanisme permettant au tribunal de partager la responsabilité entre les différents défendeurs.

La Commission Charbonneau a d'ailleurs révélé que les fraudes alléguées étaient souvent orchestrées par différents intervenants. À titre d'exemple, un ingénieur mandataire du donneur d'ouvrage qui recommande la facturation de faux dépassements de coûts par l'entrepreneur et le fonctionnaire corrompu qui approuve les paiements frauduleux. Or, dans de telles situations, 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*²¹ prévoit de son côté différentes mesures de partage de la responsabilité.²² 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° 26.

²¹ L.R.Q., chapitre R-2.2.0.0.1

²² Notamment aux articles 19, 23 et 26.

8) Condamnation aux frais engagés

Le projet de loi prévoit que le tribunal qui condamne l'entreprise au remboursement de sommes **doit** ajouter à la somme qu'il accorde un montant équivalent à 20 % de cette somme à titre de frais engagés pour l'application de la loi. Il prévoit également que ce montant porte intérêt à compter de l'introduction de l'action (art. 14).

Recommandations :

- Accorder des frais et honoraires extrajudiciaires que dans les cas d'abus du droit d'ester en justice ou d'abus de procédure;
- Laisser au tribunal le pouvoir d'apprécier la preuve à cet égard et de déterminer la sanction à imposer;
- Prévoir, dans le cas où le tribunal ne conclut pas à un abus de droit, la répartition des sommes recouvrées entre le gouvernement et les organismes publics.

L'ACRGTO se questionne sur les raisons qui motivent l'adoption de ces règles qui dérogent aux règles de droit commun.

En effet, en vertu de cet article, le tribunal se voit **obligé** d'imposer à l'entreprise et/ou aux personnes physiques condamnées en application du projet de loi à ce qui semble être des honoraires, frais et débours extrajudiciaires à concurrence d'un montant équivalent à 20 % de la somme qu'il accorde.

Or, de tels honoraires, frais et débours extrajudiciaires ne sont accordés que lorsqu'il y a abus du droit d'ester en justice (ou abus de procédure). La jurisprudence est très claire à l'effet que ce n'est pas parce qu'un demandeur ou un défendeur sort victorieux d'un procès qu'il se verra accorder les honoraires extrajudiciaires qu'il aura dû verser. Rappelons qu'il n'y a pas faute à exercer son droit de se défendre devant les tribunaux si l'on est poursuivi. Il faudrait une faute caractérisée, un abus dans le moyen de défense. L'affaire *Viel*²³, jugement phare en la matière, énonce d'ailleurs les critères pour l'obtention de tels frais.

De plus, l'ACRGTO est d'avis que le projet de loi devrait laisser au tribunal le pouvoir d'apprécier la preuve à cet égard et de déterminer la sanction à imposer, conformément à l'état du droit en la matière²⁴. Il devrait prévoir que dans le cas où le tribunal ne conclut pas à un abus de droit, toute somme recouvrée sera répartie entre le gouvernement et l'organisme public, déduction faite d'une somme afin de couvrir les frais engagés pour l'application de cette Loi.

Enfin, en règle générale, les tribunaux font porter les intérêts de ces frais à compter de la date du jugement²⁵.

²³ *Viel c. Entreprises immobilières du terroir Ltée.*, 2002 CanLII 41120 (QC CA)

²⁴ *Code de procédure civile*, articles 54.1 à 54.6; *Nouveau Code de procédure civile*, articles 51 à 56

²⁵ *Syndicat des copropriétaires du Château Corot c. Tanaka*, 2011 CanLII 2828 (QC CQ)

9) Hypothèque légale avant jugement

Le projet de loi prévoit la possibilité, avec la permission d'un juge en son cabinet, d'inscrire une hypothèque légale grevant les biens de l'entreprise concernée et de toute personne physique visée à l'article 10 (art. 13).

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 du projet de loi peuvent viser tous les dirigeants et administrateurs des entreprises concernées, nous sommes d'avis que cette mesure est à reconsidérer.

L'ACRGTO s'inquiète du fait que de toute personne physique poursuivie puisse voir ses biens grevés d'hypothèques légales avant jugement, avec toutes les conséquences que cela pourrait avoir.

Nous comprenons que le juge 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.

10) Pouvoir réglementaire soustrait à la Loi sur les règlements

Le projet de loi prévoit que le gouvernement pourra, par règlement, prendre toute 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. 21).

Recommandations

- Soumettre l'adoption des règlements en vertu de cette loi aux obligations de publication prévues à la *Loi sur les règlements*.

L'ACRGTO comprend que le gouvernement souhaite se donner des pouvoirs réglementaires complémentaires afin d'appliquer le projet de loi de façon efficiente. Elle est cependant d'avis qu'il n'est pas souhaitable de soustraire le tout aux obligations de prépublication de la *Loi sur les règlements*.

Le processus de prépublication de la *Loi sur les règlements* est d'une grande importance dans le cadre d'un système démocratique : les parties prenantes doivent pouvoir s'exprimer avant que le gouvernement ne leur impose des règles et obligations et ce, en toute transparence.

La *Loi sur le développement durable*, laquelle s'applique à l'ensemble de l'appareil gouvernemental, prévoit 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* ». ²⁶

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

L'ACRGTO vous remercie de l'attention que vous porterez au présent mémoire

²⁶ Article 6^e)