



Institut sur la gouvernance
d'organisations privées et publiques

COMMISSION DES INSTITUTIONS

Déposé le : 2015-02-18

No. : CI-045

Secrétaire : *M. Poupart*

Articles de l'Institut sur la gouvernance (IGOPP)

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.

Aux leaders parlementaires de la Commission
des institutions

Par

Yvan Allaire, président exécutif du conseil
d'administration, Institut sur la gouvernance (IGOPP)

10 février 2015

Pour une gouvernance créatrice de valeurs®

Régler le passé trouble de l'industrie de la construction?

Le gouvernement du Québec, par son projet de loi 26, propose une démarche pour « la récupération de sommes obtenues à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics ».

Cette proposition, inspirée en partie de la démarche adoptée par le gouvernement hollandais dans une situation semblable, offrirait deux choix aux entreprises concernées:

D'abord, « **un programme de remboursement volontaire** ».

Le gouvernement, semble-t-il, offrira une carotte, de forme et de taille encore inconnues, à ceux qui voudront se prévaloir de ce programme de remboursement volontaire et en mode accéléré (« fast track »); en effet, dans le cadre de cette démarche :

Tout ce qui est dit ou écrit n'est pas recevable en preuve devant un tribunal judiciaire;

Aucun document produit dans le cadre de cette démarche n'est soumis à la Loi sur l'accès à l'information; toutefois, lorsqu'une transaction est conclue, le nom des parties, les sommes convenues ainsi que la période visée seront rendus publics, une disposition qui risque de causer de graves problèmes;

Le programme sera dirigé par un « administrateur » désigné par le gouvernement qui aura « pour fonction, notamment, de tenter d'amener le ministre et une entreprise ou une personne physique à s'entendre »; on doit comprendre que la négociation sera menée au cas par cas, entreprise par entreprise; cette façon de faire ne correspond pas à l'approche adoptée par la Hollande où le règlement fut collectif;

Dans le cadre de ce programme de remboursement, « le ministre agit pour le compte d'un organisme public. À cette fin, il peut transiger et donner valablement une quittance à l'égard des contrats visés»;

On doit présumer que toute société se prévalant avec succès de cette démarche accélérée (et satisfaisant aux règles de bonne gouvernance) sera retirée, s'il y a lieu, du registre des entreprises non admissibles aux contrats publics.

Le projet de loi 26 est muet sur les termes et conditions de ce programme et se limite à annoncer que le ministre de la justice publiera à la Gazette officielle du Québec l'information sur comment fonctionnera ce programme de durée limitée.

Pour ceux qui ne se prévaudront pas de cette démarche de remboursement volontaire, le projet de loi 26 brandit le bâton du recours judiciaire.

Le projet de loi 26 pipe alors les dés en faveur de la poursuite par une série de dispositions difficiles à justifier :

Le projet de loi impose aux dirigeants en fonction au moment de la fraude le fardeau de démontrer qu'ils ont agi avec diligence et prudence;

Il en est de même pour les administrateurs en poste à l'époque qui savaient ou auraient dû savoir qu'une fraude a été commise; le fardeau de prouver qu'ils ont agi avec prudence, diligence, etc. est placé résolument sur leurs épaules;

Les entreprises, les dirigeants et les administrateurs sont solidairement responsables du préjudice causé;

Le préjudice est présumé correspondre à la somme réclamée par l'organisme public concerné pour le contrat visé lorsque cette somme ne représente pas plus de 15% du montant total payé pour le contrat visé (Article 11)

Les actes frauduleux reprochés peuvent avoir été commis à n'importe quel moment au cours des 20 dernières années;

Tout organisme public qui réclame une somme peut, en vertu de cette loi, inscrire une hypothèque légale sur les biens de toute entreprise, ses dirigeants et administrateurs en poste au moment de la fraude alléguée;

Tout montant accordé par un tribunal en réparation du préjudice subi par un organisme public doit être majoré de 20% à titre de frais engagés pour l'application de la loi.

On comprend bien que le gouvernement souhaite ainsi dissuader les entreprises de se prévaloir du recours judiciaire. En effet, le recours judiciaire suppose, doit-on présumer, la démonstration d'une preuve raisonnable et comporte un droit d'appel des décisions, ce qui ferait trainer en longueur toute la démarche de récupération.

Toutefois, prises dans leur ensemble, ces clauses définissent un contexte juridique hautement discutable, voire contraire aux principes de justice les plus élémentaires. Si de telles dispositions devaient être adoptées non seulement pour le passé mais également à l'avenir, peu de gens accepteraient de siéger au conseil d'une société engagée dans l'exécution de contrats publics.

Pour ce qui est du passé, voyons concrètement le fonctionnement de cette partie du projet de loi 26. Supposons qu'une personne fut

administrateur d'une société de génie conseil de 1998 à 2004. Un organisme public, disons une municipalité, allègue qu'un contrat fut obtenu par cette société en 2001 conséquemment à une collusion entre des firmes et réclame 14,5% du montant total du contrat. La municipalité demande aussi et obtient l'autorisation de prendre une hypothèque légale sur tous les biens des dirigeants et administrateurs de cette société en 2001.

Notre administrateur-type doit maintenant chercher à démontrer qu'il a agi avec soin, diligence et compétence en 2001 de façon à prévenir toute action frauduleuse au sein de la société. Hormis le fait que des évènements aussi lointains dans le temps ne laissent que peu de traces dans les mémoires ou dans les procès-verbaux de l'époque, ces termes n'avaient pas la même portée dans le contexte des pratiques de gouvernance de 2001 que dans le contexte de 2014-2015.

La démarche hollandaise avait plutôt adopté des mesures incitatives pour amener les entreprises à se prévaloir de l'approche « fast track ». Ainsi, les sociétés choisissant ce mode de règlement pouvait bénéficier d'une réduction de 15% de la pénalité à payer. En raison de cette approche, 85% des entreprises se sont inscrites à la démarche volontaire et accélérée. Ces 1 244 entreprises virent leur cas régler en six mois et durent payer collectivement une amende de 232 millions d'euros.

Selon la démarche hollandaise, des règles claires permettaient à une société de calculer le montant maximal qu'elle pourrait être condamnée à payer. Toutes les entreprises étaient représentées par une seule personne; les parties ayant choisi cette voie rapide devaient accepter de ne pas contester les allégations à leur encontre.

L'approche hollandaise avait le mérite de régler rapidement le passé afin de passer à l'encadrement futur de l'industrie et permettre aux sociétés hollandaises de ce secteur vital de l'économie de jouer leur rôle pleinement et honnêtement.

Tant que l'on ne connaît pas les détails de la démarche volontaire proposée, il est bien difficile d'apprécier le bien-fondé et l'efficacité du projet de loi 26. Le gouvernement serait bien avisé de rendre la démarche volontaire aussi attrayante que possible de façon à atténuer les aspects controversés et mal seyants du recours judiciaire tels que stipulés dans l'actuel projet de loi (Partie III).

La solution hollandaise

Projet de loi 26 : pour régler le passé de l'industrie de la construction au Québec?

Tous le Québécois ont été scandalisés, choqués, par les témoignages devant la Commission Charbonneau révélant un système de collusion et de corruption dans l'industrie du génie conseil et de la construction au Québec. Bien sûr que par la durée de ses travaux, l'éventail des sujets traités et le nombre de témoins appelés à témoigner, la Commission aura infligé des dommages collatéraux non négligeables. L'exercice apparaît néanmoins salubre et susceptible de mener à des pratiques et des mœurs épurées. Il ne faudrait pas toutefois conclure que le Québec est unique ou même hors norme quant aux pratiques de cette industrie.

Transparency International, l'OCDE et autres organismes ont maintes fois démontré que, pour un ensemble de raisons dont la pratique répandue du « plus bas soumissionnaire », le secteur des travaux publics et de la construction sont particulièrement vulnérables aux stratagèmes de collusion et de corruption. Ainsi, l'« Indice des donneurs de pot-de-vin » de *Transparency International* en 2011 place le secteur des travaux publics et construction loin derrière (ou devant!) tous les autres secteurs pour l'ubiquité de cette pratique. D'ailleurs, plusieurs juridictions ont mis à jour des pratiques frauduleuses à grande échelle dans leur industrie de la construction: France, Japon, New York, Australie, Allemagne, Finlande, Italie, Espagne, Hong Kong, Royaume Uni, Hollande).

Le cas de la Hollande offre des enseignements pertinents pour le gouvernement du Québec, lequel semble s'en être inspiré en partie du moins pour la rédaction du projet de loi 26 sur « la récupération des sommes obtenues à la suite de fraudes... ». Toutefois, certains aspects du projet de loi pourraient être encore bonifiés à la lumière de l'expérience hollandaise.

Alerté par une émission d'affaires publiques en novembre 2001 sur les comportements collusifs des entreprises de génie et de construction en Hollande, le gouvernement mandata les agences appropriées de faire enquête; puis, une commission parlementaire spéciale fut instituée, laquelle a tenu des audiences

publiques en août et septembre 2002 au cours desquelles plus de 60 témoins furent entendus. La commission remit son rapport deux mois plus tard en décembre 2002.

Près de 1400 sociétés furent mises en cause. Alors, le gouvernement hollandais, par le truchement de son agence de surveillance de la concurrence, établit une procédure pour pénaliser les entreprises fautives mais sans détruire son industrie du génie conseil et de la construction.

Comme pour le projet de loi 26, la démarche retenue par le gouvernement hollandais comportait deux procédures distinctes :

1. Une procédure volontaire et de « voie rapide »;
2. Une procédure régulière comportant des recours devant les tribunaux.

Lorsqu'une société recevait de l'agence un énoncé des transgressions retenues contre elle, la société pouvait se prévaloir soit de la procédure dite de la « voie rapide », soit de la procédure régulière. Si elle choisissait la procédure de voie rapide, alors, cette société et ses dirigeants devaient prendre un certain nombre d'engagements :

- Abandonner son droit d'accès à son dossier;
- Ne pas contester les faits allégués;
- Ne pas invoquer son droit d'être entendu individuellement par les autorités;
- Déléguer à une seule et même personne de représenter toutes les sociétés mises en cause ayant choisi la procédure dite de « voie rapide »; cette personne négociait avec l'agence responsable au nom du collectif de toutes ces entreprises.

Par contre, cette procédure comportait des règles pour qu'une société puisse établir le niveau de l'amende maximale que l'on pourrait exiger d'elle. Enfin, le choix de cette procédure donnait droit à un rabais de 15% de l'amende à payer. La possibilité pour une société de choisir cette procédure de voie rapide n'était disponible que jusqu'au 1^{er} mai 2004.

En fait 85% des sociétés choisirent cette « voie rapide » de solution et payèrent collectivement 232 millions d'euros. *La quasi-totalité de ces cas furent réglés en moins de six mois.*

Cela réglait le passé. Pour l'avenir, l'industrie hollandaise du génie conseil et de la construction, lavée de sa turpitude passée et désormais soumise à des règles sévères et à une surveillance relevée, a pu reprendre ses activités. La démarche hollandaise comporte un aspect important pour la sauvegarde de son industrie : aucune des sociétés ayant opté pour la procédure dite de « voie rapide » *n'a dû plaider coupable*. La société devait ne pas contester les faits allégués et en accepter les conséquences *mais sans reconnaître formellement sa culpabilité (nolo contendere)*.

Cet aspect de la démarche hollandaise revêt une grande importance pour toute société de génie conseil ou de construction qui œuvre dans plusieurs juridictions où un plaidoyer de culpabilité ou une condamnation criminelle la rendrait inéligible.

Le gouvernement du Québec devrait s'assurer que son projet de loi 26 est sensible aux considérations qui ont motivé l'approche hollandaise : rapidité de règlement, punition mais sans reconnaissance de culpabilité, option à qui le souhaite de se prévaloir du recours habituel et se défendre devant les tribunaux.

FIN

À PROPOS DE L'IGOPP

LA RÉFÉRENCE EN GOUVERNANCE

Créé en 2005 par deux établissements universitaires (HEC Montréal et l'Université Concordia-École de gestion John-Molson) ainsi que par la Fondation Stephen Jarislowsky, l'Institut sur la gouvernance (IGOPP) est devenu un centre d'excellence en matière de gouvernance. Par ses activités de recherche, ses programmes de formation, ses prises de position et ses interventions dans les débats publics, l'IGOPP s'est affirmé comme référence incontournable pour tout sujet de gouvernance tant dans le secteur privé que dans le secteur public.

NOTRE MISSION

- Renforcer la gouvernance fiduciaire dans le secteur public et privé ;
- Faire évoluer les sociétés d'une gouvernance strictement fiduciaire **vers une gouvernance créatrice de valeurs**® ;
- Contribuer aux débats et à la solution de problèmes de gouvernance par des prises de position sur des enjeux importants ainsi que par une large diffusion des connaissances en gouvernance.

NOS ACTIVITÉS

Les activités de l'Institut portent sur les quatre domaines suivants :

- Prises de position
- Formation
- Recherche
- Diffusion des connaissances