



S'ALLIER POUR LA PROSPÉRITÉ

Commentaires et recommandations du Conseil du patronat du Québec à la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction

Juin 2014

Le Conseil du patronat du Québec

Le Conseil du patronat du Québec a pour mission de s'assurer que les entreprises disposent au Québec des meilleures conditions possibles – notamment en matière de capital humain – afin de prospérer de façon durable dans un contexte de concurrence mondiale. Point de convergence de la solidarité patronale, il constitue, par son leadership, une référence incontournable dans ses domaines d'intervention et exerce, de manière constructive, une influence considérable visant une société plus prospère au sein de laquelle l'entrepreneuriat, la productivité, la création de richesse et le développement durable sont les conditions nécessaires à l'accroissement du niveau de vie de l'ensemble de la population.

Commentaires et recommandations du Conseil du patronat du Québec à la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction.

Juin 2014

Introduction

Le Conseil du patronat du Québec est heureux de soumettre à la Commission les éléments de réflexion et les pistes de recommandations qui suivent à l'égard de certaines des questions auxquelles elle doit réfléchir.

Par son statut de seule véritable confédération patronale du Québec, le Conseil du patronat considère être en mesure d'apporter un éclairage pertinent aux travaux de la Commission, basé sur la réalité du milieu des affaires québécois.

Les recommandations qui suivent sont le fruit d'une réflexion et d'une consultation auprès des membres du Conseil, qui tient compte, non seulement des événements passés que la Commission a pu mettre au jour, mais aussi, de l'expérience actuelle, à la lumière des plus récentes mesures mises en place par le gouvernement du Québec, simultanément aux travaux de la Commission.

Un élément est particulièrement important à garder à l'esprit; il sous-tend la totalité du contenu du présent mémoire. Le milieu des affaires québécois est préoccupé par la situation de l'octroi et de la gestion des contrats publics. La très grande majorité des personnes qui le composent agit avec honnêteté et intégrité, et souhaite sincèrement que la conduite répréhensible de la minorité, que les travaux de la Commission ont contribué à mettre au grand jour, soit sanctionnée et que des mesures concrètes soient mises en place pour que de telles situations ne se reproduisent plus. Du même souffle, cette majorité de personnes souhaitent que ces mesures puissent contribuer à rebâtir l'image publique des entreprises québécoises.

Afin d'atteindre ces objectifs, toute piste de solution devrait être formulée de façon à demeurer ciblée sur les objectifs plutôt que sur les moyens pour les atteindre, respectant ainsi les principes de réglementation intelligente. Cette façon de faire aura alors le mérite de s'assurer que les organismes publics font des affaires avec des fournisseurs intègres, sans pour autant alourdir le fardeau administratif des entreprises et, de fait, sans nuire indûment à leur compétitivité.

Avec ces éléments à l'esprit, nous traiterons donc successivement des deux aspects suivants du mandat de la Commission, soit les stratagèmes de corruption et de collusion et le financement des partis politiques. Nous compléterons avec quelques considérations générales. Outre certaines préoccupations dans nos considérations générales, nous

n'entendons pas formuler de commentaires détaillés sur l'infiltration de l'industrie de la construction par le crime organisé. Cet aspect relève d'abord, à notre avis, d'une expertise pointue en matière d'enquêtes criminelles, dont le Conseil ne dispose pas.

1. Les stratagèmes de corruption et de collusion

Au regard de la question de la corruption et de la collusion, nous traiterons des aspects suivants :

- a. l'aspect sociétal du problème;
- b. l'efficacité des mesures actuellement en place;
- c. le processus d'appel d'offres publics;
- d. les mesures de réparation.

a. Un problème sociétal

Un premier constat s'impose à l'égard des questions de corruption et de collusion : il s'agit d'un problème sociétal. En écoutant les différents témoignages qui ont fait état de ces problèmes, force est de constater qu'ils reflètent une question de valeurs chez certains individus, qui s'est même répandue au sein de la société elle-même, un phénomène de normalisation en quelque sorte.

Ce phénomène n'est d'ailleurs pas unique au Québec; plusieurs autres pays y sont confrontés.

Ainsi, toute mesure préventive à cet égard devra tenir compte qu'il faudra toujours se prémunir contre la volonté de certains individus d'y passer outre parce que leurs valeurs ne les amènent pas à mesurer l'importance de s'y conformer. Il faut réussir à faire en sorte que de telles pratiques perdent ce caractère de normalité dans la société.

Des mesures visant à sensibiliser la population, dès le plus jeune âge, à l'éthique et aux valeurs d'intégrité sont donc nécessaires.

b. L'efficacité des mesures actuellement en place

Les mesures mises en place en matière d'intégrité des contrats publics depuis la création de la Commission visent à atteindre un excellent objectif. Elles n'ont toutefois pas encore fait leurs preuves. Les procédures d'obtention de certificats d'autorisation de l'Autorité des marchés financiers demeurent, dans certains cas, lourdes, longues et peu adaptées à la réalité de certaines entreprises. L'abaissement éventuel des seuils d'assujettissement risque d'autant plus d'entraîner des difficultés, dès lors que de plus petites entreprises se verront assujetties à l'obligation d'obtention d'un certificat d'autorisation, tout en disposant de ressources plus limitées pour colliger toute l'information requise au traitement de leur demande.

De plus, le caractère d'« enquête criminelle » que revêt le traitement des demandes auprès des dirigeants d'entreprise ne se prête pas à un contexte corporatif.

Afin de remplir plus efficacement son mandat, l'Autorité des marchés financiers, ou tout autre organisme doté d'un pouvoir d'accréditation similaire, pourrait bénéficier d'une certaine marge de manœuvre discrétionnaire, et limitée, afin de juger de la nécessité des renseignements à demander et de la pertinence des gestes reprochés en lien avec l'obtention de contrats publics.

De plus, il faudrait repenser l'approche des entrevues faites par les corps policiers.

c. Le processus d'appel d'offres publics

Depuis un certain temps, les fonctionnaires et les fournisseurs de l'État ont pratiquement coupé leurs communications entre eux afin d'éviter, vraisemblablement, toute influence indue dans les processus d'appels d'offres.

S'il est facile de comprendre pourquoi de telles mesures ont été prises, dans le contexte actuel, une telle situation a un effet néfaste sur le processus d'appels d'offres lui-même et sur la gestion du contrat qui en résulte.

En effet, on observe que l'absence d'expertise interne au sein de l'appareil gouvernemental dans plusieurs domaines faisant l'objet d'appels d'offres publics empêche les acheteurs du gouvernement de formuler adéquatement leurs appels d'offres, se trouvant devant de mauvaises surprises en cours d'exécution du contrat, ce qui entraîne ce que plusieurs qualifient de « dépassements de coûts ». Dans un tel contexte, il est compréhensible que la seule mesure d'évaluation utilisée soit la règle du « plus bas soumissionnaire », puisqu'il est difficile, en l'absence d'expertise, de juger du reste de la valeur des soumissions.

Une meilleure préparation, qui pourrait passer par une consultation publique des fournisseurs potentiels préalablement à l'appel d'offres, pourrait être une solution à ce problème. Du même coup, la tenue de telles rencontres préparatoires, encadrées et publiques, pourrait avoir pour effet de prévenir des discussions de collusion entre les fournisseurs potentiels ou de corruption avec les fonctionnaires puisque leurs communications seraient effectuées dans un processus public et encadré.

Il ne faut pas négliger que le retour d'une expertise interne au sein du gouvernement serait évidemment bénéfique à l'octroi et la gestion de plusieurs contrats publics.

On peut aussi penser que le recours à des experts externes pour assister les organismes publics dans la préparation de leurs appels d'offres pourrait être avantageux. Les règles encadrant ces consultations devraient toutefois prévoir l'interdiction pour ces experts de présenter une soumission dans le cadre de l'appel d'offres qui en découle.

Par ailleurs, on remarque que des mesures de scission des projets en plusieurs volets, pour lesquels des appels d'offres distincts sont effectués, ont démontré, dans certaines situations, qu'ils pouvaient favoriser une plus grande concurrence, notamment par l'entrée sur les marchés de plus petits joueurs. Une telle avenue devrait être explorée par les donneurs d'ouvrage.

Toutefois, certains enjeux de cohérence et de compétence risquent de découler d'un trop grand morcellement. À cette fin, il y aurait certes lieu de procéder à un examen des meilleures pratiques mondiales afin de ne pas priver l'État d'une expertise que l'on ne peut retrouver qu'au sein de certaines grandes entreprises.

Notons qu'il importe aussi que les organismes publics s'assurent de la plus grande rigueur dans la gestion de leurs contrats publics. L'objectif derrière l'attribution de ces contrats est de compléter la partie du travail pour laquelle l'organisme public ne dispose pas des ressources requises à son exécution, ou ayant un caractère peu stratégique, temporaire ou accessoire à la mission de l'organisme. Il ne s'agit pas d'une délégation de responsabilité à un tiers. Il importe donc que l'organisme s'assure d'un suivi rigoureux et continu de l'exécution des contrats en cause. Confier un contrat à un fournisseur externe demande plus que de simples formalités de suivi administratif; cela exige une gestion constante des activités du fournisseur.

d. Les mesures de réparation

Rappelons qu'en matière de corruption, plusieurs acteurs doivent être impliqués pour qu'un tel système fonctionne. Les mesures de correction doivent donc viser autant les fournisseurs de l'État que l'administration publique.

Un processus efficace de délation devrait aussi être mis en place. Il constitue vraisemblablement la première mesure afin de repérer les individus aux agissements condamnables et, une fois mis en place et intégré dans la culture, peut constituer un moyen efficace de prévention. Ce processus devrait à tout le moins prévoir la protection des dénonciateurs.

Il peut devenir difficile, certes, de répartir la part de responsabilité de chaque personne ou entité impliquées dans des activités de corruption ou de collusion. Des choix législatifs et politiques devront être faits afin de trouver la méthode la plus simple pour déterminer la manière appropriée d'assurer une juste et proportionnelle réparation. Le modèle de droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle, s'il a l'avantage d'être basé sur le principe de la réparation intégrale, conserve néanmoins l'inconvénient de recourir au système judiciaire, avec ses frais et délais inhérents, et son fardeau de preuve basé sur la faute, le dommage et le lien causal entre eux.

Un modèle de sanction pécuniaire raisonnable dont le montant serait prédéterminé pourrait être élaboré, mais il devrait s'appliquer minimalement, dans la mesure où la preuve d'une faute et du lien entre la faute et le dommage est établie.

À l'égard des mesures de réparation pour les organismes publics ayant été floués par des actes de corruption ou de collusion, il importe à tout le moins de s'assurer d'un partage de responsabilité équilibré entre les différents intervenants impliqués : entreprises, employés de l'entreprise, fonctionnaires, partis et organisateurs politiques, politiciens, syndicats, dirigeants syndicaux, etc.

Pour être efficaces et incitatives, ces mesures devraient prévoir aussi que le versement des sommes établies entraînera la fin des procédures judiciaires ou administratives qui pourraient être prises à l'encontre des fautifs.

Il demeure aussi particulièrement nécessaire de distinguer les personnes physiques des personnes morales. Les mesures de réparation devraient tenir compte de la possibilité, pour les personnes morales, afin d'assurer leur pérennité, de prendre les moyens appropriés à l'égard des personnes physiques qui la composent, lorsque de telles personnes ont des comportements répréhensibles, et que ces mesures puissent être reconnues suffisantes par les autorités compétentes aux fins de déterminer leur intégrité.

2. Le financement des partis politiques

Le contexte actuellement en place, où est privilégiée une formule de financement principalement public des partis politiques, comporte sa part d'effets néfastes non négligeables sur la vie démocratique. Le don politique revêt en effet un caractère plus que symbolique. Il constitue une façon d'appuyer et d'encourager des formations politiques dont les orientations correspondent aux valeurs et aux intérêts des donateurs.

Dans ce contexte, la question du financement des partis politiques soulève une question plus fondamentale : la représentation des personnes morales auprès de l'appareil politique.

Les mesures actuellement en place à cet égard visent à interdire l'appui que les personnes morales peuvent apporter aux élus ou aux candidats politiques qui, pourtant, ont ou auront le pouvoir de prendre des mesures ayant des impacts directs sur ces personnes morales (réglementation, fiscalité, etc.). Comme les personnes morales n'ont pas le droit de voter, alors qu'elles sont malgré tout imposées, la contribution financière aux partis politiques, tout comme le lobbying, pourrait constituer leur façon de prendre part au processus démocratique, dans un contexte où on reconnaît par ailleurs le principe d'interdiction de taxation sans représentation.

La préoccupation qui découle du financement politique par les personnes morales est celle du « retour de faveurs ». La clé pour prévenir de tels abus est, à notre avis, la transparence. Du moment où il sera possible de savoir précisément qui a contribué au financement de qui, de pair avec un processus d'appels d'offres ouvert, efficace et transparent, comme il a été exposé précédemment, il deviendra plus difficile de créer une mécanique de « retour d'ascenseur » ou, à tout le moins, il sera plus facile de la détecter et d'agir en conséquence.

Rappelons que plus une norme est contraignante, plus il est tentant, pour certains, de la contourner. Ainsi, empêcher les personnes morales de contribuer au financement politique et limiter le montant des dons à de très bas plafonds peut avoir pour effet de créer une multitude de prête-noms.

Soulignons aussi que les partis politiques devraient divulguer, en plus des contributions financières, les fournitures ou prêts de biens ou de services qu'ils reçoivent, afin d'éviter ici encore, tout contournement de l'objectif de la loi.

Ces considérations énoncées, il pourrait être opportun que le directeur général des élections conduise une recherche sur les meilleures pratiques de financement politique à travers le monde afin d'inspirer le législateur dans sa recherche de solutions.

3. Considérations générales

Le « monopole syndical partagé », par lequel un nombre restreint d'associations de salariés représentent la totalité des salariés de l'industrie de la construction, demeure un facteur non négligeable dans l'infiltration de groupes criminels au sein de ces organisations.

En effet, ce monopole, jumelé à l'influence qu'il entraîne sur l'exécution des travaux de construction par le placement des travailleurs ou, encore, par l'influence générale que peuvent avoir les organisations syndicales auprès des entrepreneurs, constitue une occasion pour quiconque est mal intentionné et souhaite contrôler une partie de cette industrie.

Par ailleurs, s'il est vrai que des mesures ont été prises pour mettre fin au placement syndical, elles n'ont pas encore fait leurs preuves. Qui plus est, un point demeure malgré tout : le « monopole syndical partagé » qui a cours dans l'industrie de la construction confère aux organisations syndicales une influence considérable sur les entrepreneurs, laissant par le fait même la porte toujours ouverte à quiconque souhaite profiter de cette influence pour contrôler l'exécution des travaux.

Le « monopole syndical partagé » devrait être révisé de manière à limiter l'influence des organisations syndicales sur les travaux de construction, notamment en visant une représentation plus équilibrée des salariés par chaque organisation syndicale.

On ne saurait passer sous silence l'importance d'une volonté politique concrète et sincère pour mettre fin aux diverses activités répréhensibles qui ont été révélées par les travaux de la Commission. Des choix législatifs doivent être faits, et des actions administratives concrètes doivent être prises également. C'est de cette façon qu'il sera possible d'entamer, notamment, la plus importante étape de la démarche afin de régler ce problème sociétal : le changement des mentalités.

Également, on ne devrait pas minimiser l'importance du droit pénal et criminel afin de protéger la société des agissements condamnables qui pourraient survenir. S'il est

nécessaire de travailler sur la prévention et la réparation civile des préjudices causés, on devra toujours s'assurer de permettre aux enquêtes de nature criminelle et pénale de s'effectuer efficacement, et à la justice criminelle de pouvoir être rendue avec toute la rigueur qui lui est inhérente.

Résumé des recommandations

En résumé, le Conseil du patronat du Québec soumet à la Commission les recommandations qui suivent :

- **le gouvernement devrait prendre des mesures visant à sensibiliser la population, dès le plus jeune âge, à l'éthique et aux valeurs d'intégrité;**
- **l'Autorité des marchés financiers, ou tout autre organisme doté d'un pouvoir similaire, devrait bénéficier d'une certaine marge de manœuvre discrétionnaire, et limitée, afin de juger de la nécessité des renseignements à demander et de la pertinence des gestes reprochés en lien avec l'obtention de contrats publics;**
- **les autorités policières devraient conduire leurs entrevues dans un contexte corporatif très différent d'enquêtes criminelles;**
- **en matière d'appels d'offres publics, des rencontres préparatoires publiques et encadrées entre les fournisseurs potentiels et les fonctionnaires responsables des appels d'offres devraient être tenues;**
- **les organismes publics devraient développer une expertise interne dans les domaines faisant l'objet des principaux contrats publics;**
- **les organismes publics devraient pouvoir recourir à des experts externes, à qui il serait interdit de présenter une soumission, pour les assister dans la préparation de leurs appels d'offres;**
- **les organismes publics pourraient scinder, lorsque pertinent, leurs projets en plusieurs volets soumis à des appels d'offres distincts, tout en s'assurant de préserver la recherche de compétence et de cohérence nécessaire à l'exécution de ces projets;**
- **une étude des meilleures pratiques mondiales relatives l'élaboration des appels d'offres devrait être effectuée;**
- **un processus de délation des situations de corruption ou de collusion ayant notamment pour caractéristique la protection des dénonciateurs devrait être mis en place;**

- **toute mesure devrait permettre de distinguer les agissements des personnes physiques de ceux des personnes morales;**
- **un régime de réparation des préjudices causés par la corruption et la collusion devrait être mis en place, lequel devrait être basé sur un principe de partage équitable de responsabilité entre les divers intervenants impliqués, tout en s'assurant de permettre le règlement final des réclamations;**
- **un régime de sanction administrative pécuniaire pourrait être mis en place afin d'assurer la réparation du préjudice subi par des actes de collusion ou de corruption, mais il devrait tenir compte de l'importance de démontrer la faute du défendeur et le lien de causalité entre cette dernière et le dommage subi par l'organisme public;**
- **un régime de financement politique basé sur la transparence complète et permettant aux personnes morales de contribuer aux organisations politiques devrait être mis en place;**
- **les partis politiques devraient être tenus de divulguer les contributions reçues sous forme de fourniture de biens ou de services;**
- **le directeur général des élections devrait conduire une recherche sur les meilleures pratiques de financement politique à travers le monde afin d'inspirer le législateur dans sa recherche de solutions;**
- **le principe du « monopole syndical partagé » dans l'industrie de la construction devrait être révisé.**