



fccq | Fédération des chambres
de commerce du Québec



Consultations sur le projet de loi 26

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

Mémoire présenté à la Commission des institutions

14 Janvier 2015

LA FÉDÉRATION DES CHAMBRES DE COMMERCE DU QUÉBEC

Grâce à son vaste réseau de plus de 140 chambres de commerce et 1 100 membres corporatifs, la Fédération des chambres de commerce du Québec (FCCQ) représente plus de 60 000 entreprises et 150 000 gens d'affaires exerçant leurs activités dans tous les secteurs de l'économie et sur l'ensemble du territoire québécois. Plus important réseau de gens d'affaires et d'entreprises du Québec, la FCCQ est à la fois une fédération de chambres de commerce et une chambre de commerce provinciale. Ses membres, qu'ils soient chambres ou entreprises, poursuivent tous le même but : favoriser un environnement d'affaires innovant et concurrentiel.

La Fédération est également un membre actif de la Chambre de commerce du Canada avec qui elle coopère sur les dossiers communs à plusieurs provinces ou qui relèvent de la compétence du gouvernement fédéral.

Le projet de loi 26 interpelle la FCCQ au premier chef en raison de son membership, composé d'un grand nombre d'entreprises qui agissent comme fournisseurs de biens et de services auprès du secteur public dans différents domaines et dans plusieurs régions du Québec. Les préoccupations de la FCCQ concernent le développement économique et la mise en place de conditions pour en favoriser un fonctionnement harmonieux, rigoureux et respectueux non seulement des lois et règlements qui les régissent, mais aussi de l'esprit qui sous-tend le cadre législatif et réglementaire.

LE PROJET DE LOI 26 : UNE INTERVENTION AUX PRINCIPES ET AUX OBJECTIFS LOUABLES

D'entrée de jeu, la FCCQ est d'accord avec la volonté du gouvernement de se doter d'un cadre législatif qui permettra à tous les acteurs concernés de notre société de « tourner la page » sur une situation déplorable.

Comme elle l'a souligné dans son mémoire lors de l'étude en commission parlementaire de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, en décembre 2012, la FCCQ appuie entièrement le gouvernement dans sa volonté d'assainir les mœurs publiques et de rétablir le plus rapidement possible la réputation du Québec qui a été sérieusement mise à mal au cours des dernières années. Nous tenons donc à réitérer les valeurs fondamentales qui nous animent, soit que nous sommes fondamentalement une société de droit et la grande majorité des entrepreneurs et des élus est honnête. La *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* constituait une pièce maîtresse au rétablissement de cette réputation et nous sommes convaincus que le projet sous étude actuellement pourrait contribuer à franchir une autre étape en vue de tourner la page sur cette période douloureuse.

À cet égard, la FCCQ partage les visées du gouvernement afin que les entrepreneurs et investisseurs comprennent que le gouvernement se dote de règles strictes en matière d'éthique et de responsabilité, tout en maintenant un climat d'affaires fondé sur le respect des règles de droit.

C'est dans cet esprit que la FCCQ reconnaît la valeur des intentions gouvernementales à plusieurs égards :

1. la récupération des sommes payées en trop dans l'octroi de l'ensemble des contrats publics – et non seulement ceux du domaine de la construction – en raison de fraudes ou de manœuvres dolosives commises par certaines entreprises ou leurs dirigeants;
2. le recours privilégié à des solutions volontaires pour les entreprises et les individus (administrateurs et dirigeants) visés par la loi;
3. la mise en place de moyens qui peuvent contribuer à réduire les délais inhérents au système judiciaire et des débours importants à titre de frais juridiques, tant pour le gouvernement que les entreprises.

La FCCQ promeut elle aussi les valeurs d'intégrité et de responsabilité. Elle le réitère constamment dans la promotion de sa Vision économique 2012-2020 et dans son plan stratégique 2012-2016.

Nous croyons que les entreprises délinquantes, en participant volontairement au programme de remboursement et en démontrant ainsi leur bonne volonté et leurs efforts de réhabilitation, pourront espérer solliciter de nouveau des contrats publics. En effet, la législation semble miser sur la réhabilitation des entreprises puisqu'une déclaration de culpabilité à l'encontre de l'une d'elles n'entraînera pas automatiquement un refus par l'Autorité des marchés financiers (AMF) d'une demande d'autorisation. Cette façon de faire devrait éviter une éventuelle chasse aux sorcières.

Nous comprenons donc que le gouvernement veuille agir rapidement et énergiquement à l'égard de la récupération des sommes incorrectement gagnées par certaines entreprises. Nous nous présentons à cette commission parlementaire en voulant refléter la volonté des entreprises de collaborer pleinement aux objectifs poursuivis par le gouvernement et le législateur. Ce faisant, la FCCQ souhaite contribuer au présent projet de loi en s'exprimant sur certaines dispositions dont l'application risquerait de causer des préjudices sérieux à des entreprises intègres et à l'économie du Québec.

La FCCQ invite donc les parlementaires à s'assurer que la mise en œuvre des mesures législatives qu'ils s'approprient à adopter aura pour effet d'accroître et de rétablir la concurrence véritable entre les entreprises invitées à participer à des travaux publics, et non pas de la restreindre.

Ainsi, la FCCQ tient à ce que les entrepreneurs et les investisseurs comprennent que le gouvernement, qui s'est doté de règles strictes en matière d'éthique, entend récupérer dans les meilleures conditions possibles les sommes qui ont été incorrectement gagnées par certaines entreprises, tout en maintenant un climat d'affaires fondé sur le respect des règles de droit.

Cela étant posé, la FCCQ tient à attirer l'attention des parlementaires sur plusieurs aspects qui soulèvent de fortes réserves ou des préoccupations particulières qui pourraient avoir des impacts significatifs pour les entreprises, les administrateurs et les dirigeants qui y oeuvrent.

UNE ATTEINTE À LA PERCEPTION À L'ÉGARD DES ENTREPRISES

Depuis la mise en place de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* (Loi 1), plusieurs entreprises ont posé des actions concrètes en vue d'améliorer leur régime de gouvernance en matière de relations contractuelles, comme des changements à la direction, le renforcement du programme de gouvernance, des nouvelles politiques de contrôle interne et des codes de conduite et d'éthique, la mise en place d'un manuel anticorruption, des formations aux employés en matière de conformité, la validation des tierces parties par l'embauche des services d'une vigie indépendante qui rend compte à la Banque mondiale afin de parachever et d'améliorer leur programme d'éthique et de conformité, etc.

La « Loi 1 » est venue instaurer un nouveau régime permettant aux entreprises du Québec de franchir une étape dans l'amélioration continue et la reddition de comptes. Maintenant, la FCCQ est d'avis que tous les acteurs, gouvernements et entreprises doivent regarder vers l'avenir. Le Projet de loi 26 nous permet collectivement de tenter de structurer l'aboutissement de ce souhait. Nous ne pouvons changer le passé, mais nous pouvons ensemble bâtir l'avenir. Il est dans l'intérêt public d'assurer la redynamisation des relations du gouvernement avec ses fournisseurs, le tout au bénéfice de la société, des clients/usagers, des donneurs d'ouvrage et des gouvernements, des firmes de génie-conseil et de construction ainsi que des sociétés de services.

Nos suggestions sont donc axées sur la recherche de règlements équitables, rapides, complets et finaux. Or, le Projet de loi tel que présenté envoie un message de culpabilité par défaut, laissant présumer que les entreprises ayant fait affaires avec le gouvernement sont susceptibles de l'avoir fait avec malversation.

LE PROGRAMME DE REMBOURSEMENT VOLONTAIRE : DES RÉSERVES MAJEURES

L'objectif du gouvernement de privilégier le remboursement volontaire par les entreprises et les individus (administrateurs et dirigeants) visés par la loi est très pertinent. Cependant, pour qu'un programme de remboursement volontaire soit attrayant, il doit offrir des garanties suffisantes pour permettre aux entreprises et aux individus visés de s'y engager avec confiance et doit permettre à ceux-ci de régler définitivement tous les litiges reliés aux contrats publics passés.

Or, le programme de remboursement volontaire proposé par le Projet de loi 26 comporte des lacunes qui le rendent risqué, et donc nuisible pour les entreprises qui pourraient envisager d'y participer.

► Absence de quittance globale (articles 5 et 18)

Le Projet de loi 26 ne prévoit pas de quittance globale dans le cadre du programme de remboursement volontaire. La quittance envisagée semble être liée à un ou des organismes publics identifiés, à l'égard de certains contrats particuliers. L'entreprise, les administrateurs et les dirigeants demeurent donc exposés à une poursuite potentielle dans les cinq années suivantes, par un autre organisme public, pour des faits pouvant remonter jusqu'à 20 ans avant l'entrée en vigueur de la Loi.

► Risque de poursuites (article 18)

Comme le nom des parties (présumément chacun des organismes publics visés par la transaction, de même que l'entreprise et/ou les administrateurs et dirigeants visés), la somme convenue et la période visée seront publiques, l'entreprise et les administrateurs et dirigeants qui concluent une transaction s'exposent à des poursuites par des tiers en lien avec ce qui ferait l'objet du règlement.

► Protections trop restreintes (articles 7 et 8)

Les protections visées sont trop restreintes. L'entreprise, les administrateurs et les dirigeants s'exposent au risque qu'un organisme fédéral d'enquête requiert et obtienne un mandat de perquisition afin de rechercher les informations et documents visés par ces articles pour ensuite intenter des poursuites en vertu de lois fédérales. Aussi, dans la mesure où une poursuite ou une condamnation s'ensuivrait, l'entreprise risquerait également de perdre son autorisation de l'AMF de contracter avec des organismes publics.

► Suspension de la prescription (article 16)

Le fait que l'entreprise s'expose à des poursuites relativement à des faits pouvant remonter jusqu'à 20 ans avant l'entrée en vigueur de la loi, jumelé au fait que la quittance est ciblée et non globale, rend la participation au programme de remboursement volontaire hautement risquée. Les entreprises et les administrateurs et dirigeants visés n'ont rien à gagner d'un tel programme s'ils n'ont pas en retour l'assurance d'une sécurité judiciaire totale pour le passé.

CONSÉQUEMMENT, compte tenu des problématiques susmentionnées, il est fort probable que les entreprises, les administrateurs et les dirigeants ne pourront se permettre de privilégier la voie du programme de remboursement volontaire, car cette voie, telle prévue dans le présent projet de loi, comporte trop de risques de poursuites subséquentes qui pourraient porter atteinte à la survie de l'entreprise. Nous le réitérons, tout en respectant l'esprit de la loi et ses objectifs, il faut être en mesure d'en assurer l'application et d'obtenir des résultats positifs pour le Québec.

LES RÈGLES APPLICABLES AUX RECOURS JUDICIAIRES : DES RÉSERVES MAJEURES

Si l'entreprise, les administrateurs et les dirigeants ne se prévalent pas du programme de remboursement volontaire, ils s'exposent à des poursuites judiciaires. Le Projet de loi 26 prévoit des mesures exceptionnelles, voire draconiennes, applicables aux recours judiciaires ainsi intentés. Ces mesures écartent les règles usuelles en matière de responsabilité afin d'instaurer un régime d'exception qui rend très ardue la défense des entreprises et des individus poursuivis.

► Régime d'exception (présomptions) (articles 10 et 11)

Par le biais de présomptions, le législateur crée un régime d'exception différent du régime de responsabilité civile usuel, qui s'applique uniquement aux entreprises, administrateurs et dirigeants ayant contracté avec le gouvernement ou des organismes publics, et ce, depuis 20 ans. Les présomptions font en sorte que le demandeur (l'organisme public) n'a qu'à démontrer la fraude ou la manœuvre dolosive pour engager la responsabilité du défendeur. En effet, le lien d'une causalité entre la faute et le dommage est présumé. De même, le quantum du préjudice est également présumé à hauteur de 15 % du montant total payé pour le contrat visé. Ces règles s'écartent drastiquement des règles usuelles de la responsabilité civile.

► Responsabilité des administrateurs et des dirigeants (article 10, al. 2)

Pour mettre davantage de pression sur les entreprises, le législateur présume de la responsabilité des administrateurs et des dirigeants en fonction au moment des faits. Les règles proposées s'écartent drastiquement des règles usuelles applicables aux administrateurs et aux dirigeants. Quant aux administrateurs, la FCCQ est en accord avec les commentaires émis par l'Institut des administrateurs de sociétés qui vont aussi être présentés devant la Commission – et dont nous relayons les faits saillants plus loin.

► Responsabilité solidaire (article 10, al. 3)

En cas de condamnation, la responsabilité solidaire des entreprises, des administrateurs et des dirigeants est engagée, ce qui risque de mener à des injustices. Qu'en est-il lorsqu'une des parties a conclu une transaction dans le cadre du programme de remboursement volontaire? Quelles sont les conséquences pour les autres parties?

► Condamnation potentielle énorme (articles 11, 13 et 14)

Le montant de la réparation prévu par le Projet de loi 26 peut constituer une somme astronomique qui peut mettre la solvabilité d'une entreprise ou d'un individu (administrateur ou dirigeant) en péril. En effet, l'addition du quantum du préjudice présumé jusqu'à 15 %, les intérêts à compter du paiement final fait par l'organisme public de même qu'un montant forfaitaire égal à 20 % de la réparation à titre de frais engagés par l'application de la loi, nous apparaissent être des ingrédients suffisants pour amener des entreprises à fermer leurs portes. Cela est d'autant plus vrai si l'on ajoute l'inscription d'une hypothèque légale sur les biens de l'entreprise ou des individus poursuivis dans le cas où le recouvrement de la créance est en péril.

► **Suspension de la prescription** (article 16)

Un recours judiciaire pourra être intenté à l'égard d'un préjudice causé qui remonte jusqu'à 20 ans avant l'entrée en vigueur de la loi. Or, les règles de conservation de la preuve s'appliquent pour un délai nettement moindre, ce qui fait en sorte que l'entreprise ou la personne physique visée sera dans l'impossibilité de se défendre convenablement. Aussi, qu'en est-il des polices d'assurance responsabilité couvrant cette période de 20 ans (notamment pour les administrateurs et les dirigeants)? Couvrent-elles l'évènement dans un contexte où les règles usuelles de la responsabilité ne s'appliquent pas?

► **Poursuite malgré un jugement final** (article 16, al. 2)

Le législateur s'ingère dans le pouvoir judiciaire d'un côté, en remettant en question des jugements finaux qui ont été rendus par les tribunaux et de l'autre côté, en permettant une deuxième poursuite malgré un jugement final qui aurait exonéré le défendeur en application des règles de prescription usuelle.

► **Recours en garantie**

Le Projet de loi 26 ne traite pas des recours possibles en garantie, notamment contre des fonctionnaires ou des organismes publics qui auraient été impliqués ou qui auraient été complices dans la commission de fraudes ou de manœuvres dolosives. Dans le cadre de tels recours en garantie, les mesures exceptionnelles proposées par le Projet de loi 26 (présomptions, suspension du délai de prescription, réparation additionnelle) s'appliqueront-elles? Dans la négative, les entreprises, les administrateurs et les dirigeants visés pourraient être brimés dans leur droit de se défendre pleinement et entièrement et se verront injustement pénalisés.

CONSÉQUEMMENT, la FCCQ est d'avis que la somme de chacune des mesures exceptionnelles proposées par le Projet de loi 26 constitue un régime qui dénote une intention de punir, et non pas de compenser. Si les conséquences de l'application de la loi sur l'entreprise et les personnes visées s'apparentent davantage à une peine, celles-ci devraient bénéficier des protections constitutionnelles reconnues en semblables matières.

Or, le Projet de loi 26 met de l'avant une mesure législative exceptionnelle et exorbitante du droit commun en mettant en place un régime particulier modifiant les règles de la responsabilité civile, notamment en allongeant la période de prescription et en créant des présomptions de causalité et de dommages.

DES IMPACTS NÉGATIFS INSOUÇONNÉS DANS LA GOUVERNANCE DES ENTREPRISES

Le Projet de loi 26 constitue une modification substantielle du droit commun qui affectera directement le fonctionnement des entreprises dans leur gouvernance à plusieurs égards. C'est pourquoi nous sommes en accord avec les préoccupations émises par l'Institut des administrateurs de sociétés. Nous insistons pour porter de nouveau à l'attention de la Commission les principaux éléments qui entacheront le fonctionnement de la gouvernance des entreprises du Québec.

► La création d'une nouvelle norme de conduite affectant la saine gouvernance

Nous craignons que le nouveau régime vienne forger le comportement futur de tous les administrateurs s'inquiétant d'une application généralisée de cette nouvelle obligation de surveillance. Afin de limiter leur risque de responsabilité, les administrateurs prendront des mesures de précaution strictes en supervisant étroitement les dirigeants et les activités de la société. En plus de générer des coûts de conformité additionnels, l'intensification de la surveillance détournera les administrateurs de l'objectif de création de valeur qui est l'essence de leur rôle.

► L'application rétroactive d'une nouvelle norme de conduite remet en cause les principes de gouvernance en vigueur

Le Projet de loi 26 édicte une nouvelle norme de conduite qui s'applique rétroactivement aux événements survenus dans les 20 ans précédant son entrée en vigueur. L'imposition rétroactive d'une nouvelle norme de conduite qui exige la surveillance de la conformité juridique des actes de la société remet en cause les pratiques de gouvernance qui guidaient les administrateurs.

► Un déséquilibre dans l'application du nouveau recours en responsabilité

L'objectif principal du nouveau recours en responsabilité visant les administrateurs est l'indemnisation de l'organisme public. Pour atteindre cet objectif, le régime de responsabilité met de côté de nombreux principes fondamentaux du droit commun concernant la norme de conduite, la défense de diligence raisonnable, la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité et la prescription. L'ensemble des dérogations crée un régime déséquilibré. Les administrateurs peuvent difficilement s'exonérer de leur responsabilité.

► L'assurance responsabilité des administrateurs : moins accessible et plus coûteuse

L'impact du recours sur l'assurance responsabilité des administrateurs est très préoccupant. Nous nous interrogeons sur la disponibilité d'une couverture d'assurance dans le cadre d'un recours où il est reproché aux administrateurs de connaître ou d'avoir dû connaître l'existence d'une fraude ou de manœuvres dolosives. Même si la couverture était disponible, le risque accru de responsabilité pourrait bien se traduire par un coût plus élevé d'assurance responsabilité.

► Un impact négatif sur le recrutement d'administrateurs

Compte tenu de sa portée sans précédent, le nouveau régime expose les administrateurs à un lourd risque de responsabilité personnelle. Tout en reconnaissant sa portée temporelle limitée, nous craignons que la création d'un nouveau risque de responsabilité émanant d'une intervention législative *ex post facto* ait un impact négatif sur le recrutement de candidats de haut calibre pour siéger comme

administrateurs indépendants. À terme, cela pourrait nuire à la qualité de la gouvernance et à la compétitivité des sociétés.

CONSÉQUEMMENT, la FCCQ est d'avis qu'il faut revoir plusieurs dispositions de manière à ce que :

- Le régime de responsabilité des administrateurs s'applique aux événements survenus après l'entrée en vigueur de la loi et qu'il précise qu'il s'agit d'un régime où la faute doit être prouvée;
- La norme de conduite soit révisée pour qu'elle reflète le rôle et la réalité d'un conseil d'administration et s'harmonise avec les pratiques exemplaires de gouvernance en évitant d'imposer une obligation de surveillance constante aux administrateurs;
- Que l'administrateur puisse s'exonérer en démontrant qu'il a agi avec diligence après avoir eu connaissance de la fraude ou de la manœuvre dolosive;
- La preuve du lien de causalité soit requise pour retenir la responsabilité des administrateurs;

RECOMMANDATIONS

Outre les éléments précédemment mentionnés en regard des impacts prévisibles sur la gouvernance des entreprises, il nous apparaît particulièrement important d'insister pour que le gouvernement modifie son projet de loi quant aux éléments suivants :

A. Suspension de la prescription (article 16)

- Alinéa 2 : Le législateur ne peut s'ingérer dans le pouvoir judiciaire en remettant en question un jugement final. L'alinéa 2 de l'article 16 devrait être retiré.
- La suspension du délai de prescription pour 20 ans crée des injustices flagrantes, notamment compte tenu des délais applicables de conservation des documents. Les parties défenderesses ne seront pas en mesure de se défendre convenablement et la stabilité judiciaire est affectée. Les règles usuelles de la prescription devraient s'appliquer.

B. Présomption de lien de causalité et de dommage

- Le cumul de la présomption du lien de causalité et du quantum des dommages crée un régime qui s'écarte des règles usuelles de la responsabilité civile et qui fait en sorte de rendre virtuellement impossible la défense par les parties défenderesses.
- La présomption du quantum à 15 % du montant total payé pour le contrat est arbitraire et non justifiée.
- Les présomptions applicables à la responsabilité des administrateurs et dirigeants font en sorte de changer les règles rétroactivement pour une période pouvant aller jusqu'à 20 ans avant l'entrée en vigueur de la Loi. Un changement rétroactif des règles du jeu entraîne des injustices flagrantes, notamment pour les individus qui ont été administrateurs des entreprises qui pourraient être visées. Ceux-ci s'exposent à des réclamations en dommages astronomiques, incluant l'imposition d'une hypothèque légale sur leurs biens. De plus, la responsabilité solidaire avec l'entreprise fait en sorte que les administrateurs pourraient être tenus responsables pour l'ensemble du dommage causé. Il s'agit de mesures draconiennes.

C. Quittance globale

- Pour inciter les entreprises, les administrateurs et les dirigeants à se prévaloir du programme de remboursement volontaire, ceux-ci doivent bénéficier de garanties suffisantes à l'encontre de poursuites futures de même que des poursuites pouvant être entreprises par d'autres parties. Il faut donc étendre les garanties prévues au projet de loi pour immuniser ceux qui veulent se prévaloir du programme de remboursement volontaire à l'encontre de toutes les poursuites futures ou prévoir des ententes avec d'autres paliers de gouvernement dans les cas pertinents.
- De plus, ceux-ci doivent pouvoir régler définitivement tous les litiges reliés aux contrats publics passés. Ils doivent donc bénéficier d'une quittance globale, visant tous les contrats publics du passé.

CONCLUSION

Comme nous l'avons mentionné dès le début, nous soutenons les intentions et les objectifs poursuivis par le Projet de loi 26 en regard de la récupération des sommes payées en trop dans l'octroi de l'ensemble des contrats publics, le recours privilégié à des solutions volontaires pour les entreprises et les individus visés par la loi.

Toutefois, nous avons communiqué plusieurs réserves que nous vous invitons à considérer pour les intérêts collectifs de la société québécoise et des entreprises, qui sont la courroie principale de son développement économique et de son enrichissement. L'ordre des moyens utilisés nous apparaît disproportionné et compromet, à notre avis, les objectifs fort louables du gouvernement. Ainsi, des modifications importantes doivent être apportées pour corriger le message à l'égard des entreprises, la mise en place de conditions d'exercices d'une saine gouvernance orientée sur le respect du droit commun et les droits usuels dévolus aux administrateurs et aux entreprises.

Enfin, qu'aurons-nous réellement gagné comme société si le résultat des dédommagements recherchés a pour conséquence de fragiliser les entreprises d'ici qui se sont réhabilitées au bénéfice d'entreprises établies ailleurs? Le défi demeure d'atteindre le double objectif de corriger le passé en récupérant les sommes dues, mais aussi celui de bâtir l'avenir.