

LA COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI
ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS
DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION

SOUS LA PRÉSIDENCE DE
L'HONORABLE FRANCE CHARBONNEAU, J.C.S., présidente
M. RENAUD LACHANCE, commissaire

AUDIENCE TENUE AU
500, BOUL. RENÉ-LÉVESQUE OUEST
MONTRÉAL (QUÉBEC)

LE 29 OCTOBRE 2014

VOLUME 256

DANIELLE BERGERON et ODETTE GAGNON
Sténographe officiel

RIOPEL GAGNON LAROSE & ASSOCIÉS
215, rue Saint-Jacques, Bureau 110
Montréal (Québec) H2Y 1M6

COMPARUTIONS

POUR LA COMMISSION :

Me GENEVIÈVE CARTIER

INTERVENANTS :

Me SIMON LAROSE pour la Procureure générale du Québec

Me ROXANE GALARNEAU pour l'Association des constructeurs de routes et grands travaux du Québec

Me PIERRE POULIN pour le Directeur des poursuites criminelles et pénales

TABLE DES MATIÈRES

	PAGE
PRÉLIMINAIRES	4
DANIEL WEINSTOCK	6
PRÉSENTATION	10
HARRY WILLIAM ARTHURS	82
PRESENTATION	86
YVES COMTOIS	123
PRÉSENTATION	127

1 L'AN DEUX MILLE QUATORZE (2014), ce vingt-neuvième
2 (29e) jour du mois d'octobre,

3

4 (09:32:41)

5 PRÉLIMINAIRES

6

7 LA PRÉSIDENTE :

8 Bonjour.

9 Me GENEVIÈVE CARTIER :

10 Bonjour. Bonjour, Madame la Présidente.

11 LA PRÉSIDENTE :

12 Oui.

13 Me GENEVIÈVE CARTIER :

14 Geneviève Cartier pour la Commission.

15 Me SIMON LAROSE :

16 Bonjour. Simon Larose pour la Procureure générale
17 du Québec.

18 Me ROXANE GALARNEAU :

19 Bonjour. Roxane Galarneau pour l'Association des
20 constructeurs de routes et grands travaux du
21 Québec.

22 Me PIERRE POULIN :

23 Et Pierre Poulin pour le Directeur des poursuites
24 criminelles et pénales. Bonjour.

25

1 LA PRÉSIDENTE :

2 Je n'ai pas demandé hier si les parties avaient des
3 questions à poser, mais j'imagine que si elles en
4 ont, elles vont nous le dire et nous le faire
5 savoir. Merci.

6 LA GREFFIÈRE :

7 Pourriez-vous vous lever pour l'assermentation,
8 s'il vous plaît?

9

10

11

1 L'AN DEUX MILLE QUATORZE (2014), ce vingt-neuvième
2 (29e) jour du mois d'octobre,

3

4 A COMPARU :

5

6 DANIEL WEINSTOCK, professeur, Faculté de droit,
7 Université McGill

8

9 LEQUEL affirme solennellement ce qui suit :

10

11 Me GENEVIÈVE CARTIER :

12 Alors, nous débutons la journée avec la
13 présentation du professeur Daniel Weinstock de la
14 Faculté de droit de l'Université McGill. Nous avons
15 demandé au professeur Weinstock de nous éclairer
16 sur la place de l'éthique dans les réflexions et
17 les recommandations de la Commission.

18 Beaucoup a été dit sur l'éthique, il nous
19 semble important de clarifier d'abord ce qu'elle
20 signifie dans le cadre de nos travaux, en appelle-
21 t-on à la morale ou aux vertus individuelles?
22 Sommes-nous plutôt confrontés à une approche
23 différente de l'éthique qui touche aux
24 organisations?

25 Il nous semble important de clarifier aussi

1 comment s'insère la question de l'éthique dans un
2 contexte où se côtoient des problèmes de conformité
3 à des lois criminelles, de manquements à des
4 obligations déontologiques, le comportement
5 intrinsèquement délinquant ou d'autres qui
6 traduisent simplement un mépris des institutions ou
7 de la nonchalance dans l'exécution du travail.
8 Bref, la Commission souhaite identifier les grands
9 axes de réflexion sur la question de l'éthique.

10 Q. **[1]** Alors, bonjour, Monsieur Weinstock ou
11 Professeur Weinstock.

12 R. Bonjour.

13 Q. **[2]** Merci d'avoir accepté notre invitation.

14 R. Ça me fait plaisir.

15 Q. **[3]** Donc, avant de commencer dans le vif du sujet,
16 je vous inviterais à nous parler de votre parcours
17 professionnel et de ce qui vous permet donc
18 aujourd'hui de venir nous éclairer sur la question
19 d'éthique.

20 R. Bien, merci beaucoup tout d'abord de m'avoir
21 invité. C'est un grand honneur d'être ici. Je vais
22 peut-être donner juste quelques... quelques grandes
23 lignes.

24 Donc, j'ai fait un doctorat en philosophie
25 de l'Université Oxford et mes intérêts de recherche

1 ou parmi mes intérêts de recherche, je me suis
2 intéressé à travers les années à la question de
3 l'éthique institutionnelle et en quoi elle diffère
4 de l'éthique individuelle, comment faire de sorte
5 que nos institutions, et surtout nos institutions
6 publiques, évidemment, servent des fonctions qui
7 soient moralement justifiables.

8 Et à mesure que j'ai avancé dans mes
9 réflexions, je me suis rendu compte qu'il y avait
10 vraiment... qu'on devait penser à l'éthique
11 institutionnelle à nouveaux frais, qu'on ne pouvait
12 pas tout simplement faire des inférences entre
13 l'éthique interindividuelle de la vie de tous les
14 jours et l'éthique institutionnelle, surtout dans
15 des institutions complexes qui sont dotées d'une
16 architecture institutionnelle, bien, en fait,
17 complexe.

18 Q. **[4]** Hum, hum.

19 R. Et donc j'ai... j'ai écrit un certain nombre de
20 choses sur ces questions-là. Parmi les choses qui
21 sont probablement les plus pertinentes, il y a un
22 petit livre - qui d'ailleurs va connaître une
23 deuxième édition - qui s'appelle « Profession
24 éthicien » où j'expose, de manière plus générale,
25 ma conception de l'éthique. Je pense que ça a été

1 publié pour la première fois en deux mille sept
2 (2007) et il y aura une deuxième édition en deux
3 mille quinze (2015). Et une série d'un nombre
4 d'articles sur certaines des questions d'ailleurs
5 qui ont... ont suscité le même genre de réflexions
6 ou des réflexions analogues à celles qui nous
7 unissent aujourd'hui au moment de la Commission
8 Gomery, par exemple, et d'autres... d'autres genres
9 de débats publics de cette nature.

10 Donc, c'est un peu la raison - et je
11 terminerais là-dessus - que je me suis finalement
12 joint à une Faculté de droit parce que j'en suis
13 arrivé à la conclusion que les outils juridiques
14 devaient vraiment être ajoutés à ceux de l'éthique
15 pour comprendre un peu comment façonner des règles
16 institutionnelles qui permettent aux institutions
17 de servir des fonctions éthiques qui soient
18 justifiables. Et donc, c'est là... c'est pour ça
19 que j'en suis arrivé à la Faculté de droit de
20 l'Université McGill.

21 Q. **[5]** Et c'est la raison pour laquelle nous vous
22 avons invité. Alors, merci encore une fois d'être
23 ici ce matin. Donc je vous cède la parole. Vous
24 avez une présentation d'une trentaine de minutes.
25 Alors, nous vous écoutons.

1 R. Oui. J'avais visé plutôt vingt (20), quand on
2 donne...

3 Q. **[6]** C'est parfait.

4 R. ... une demi-heure à un philosophe, c'est toujours
5 un peu dangereux, donc je vise vingt (20) avec...
6 en espérant que j'arriverai à peu près à trente
7 (30). Alors...

8 LA PRÉSIDENTE :

9 Q. **[7]** Nous voulons bénéficier de toutes vos lumières,
10 alors rassurez-vous.

11

12 PRÉSENTATION

13

14 M. DANIEL WEINSTOCK :

15 Alors, pour répéter un peu ce que j'ai dit dans ma
16 présentation, je dirais que le fil d'Ariane qui
17 traverse mes travaux sur les questions d'éthique
18 institutionnelle, c'est l'idée qu'il faut vraiment
19 distinguer l'éthique individuelle et l'éthique
20 institutionnelle. Donc, c'est une erreur, je crois,
21 d'entrée de jeu que de penser que la bonne manière
22 de... faire de sorte que nos institutions
23 fonctionnent bien, c'est de s'assurer qu'on a tout
24 simplement des bonnes personnes qui les habitent.
25 Je fais mienne une phrase du constitutionnaliste,

1 du grand constitutionnaliste américain, James
2 Madison, auteur des Federalist Papers, qui disait à
3 propos des institutions politiques américaines
4 naissantes, mais je crois que c'était une réflexion
5 que l'on peut généraliser, qu'il faut que nos
6 institutions économisent sur la vertu, « that they
7 economize on virtue, » en d'autres termes, qu'on ne
8 façonne pas des institutions qui dépendent pour
9 leur fonctionnement du fait qu'on n'est que des
10 bonnes personnes qui en détiennent... qui
11 détiennent des rôles importants à l'intérieur de
12 ces institutions. Et je dirais que c'est pour deux
13 raisons. La première raison, c'est que les gens, je
14 dirais, quand on regarde une institution complexe,
15 que ce soit le droit, la médecine, les probabilités
16 sont fortes qu'on aura une distribution de
17 dispositions éthiques à l'intérieur de ces
18 professions qui est à peu près pareille à celle
19 qu'on retrouve dans la population. On aura des gens
20 qui sont intrinsèquement vertueux et auxquels on
21 n'a pas besoin de donner des règles trop sévères
22 pour qu'ils se conduisent spontanément de manière
23 éthique. On aura des gens qui seront probablement à
24 l'autre bout du spectre. Et ceux-là, probablement
25 qu'on va vouloir mettre des filtres en place pour

1 essayer de les intercepter dans nos institutions.
2 Mais au milieu, on aura fort probablement des gens
3 aux dispositions diverses qui sont à la fois
4 « corrompables », si je peux m'exprimer ainsi, mais
5 également capables de vertu. Et, une des fonctions
6 du design institutionnel, c'est de faire de sorte
7 qu'elles fassent la promotion des dispositions,
8 disons, plus éthiques des gens et qu'elles essaient
9 de taire ou de court-circuiter les dispositions
10 plus négatives.

11 Mais une autre raison également qui fait
12 que le mot de Madison me semble bon, c'est que
13 beaucoup de nos institutions ont été fondées sur
14 une logique adversative. Pensons à certaines des
15 institutions majeures d'une société moderne, que ce
16 soit la politique démocratique, que ce soit le
17 marché, que ce soit le droit; nous avons fondé ces
18 institutions sur une hypothèse de design
19 institutionnel qui est que, lorsqu'on met des gens
20 en compétition, dans une compétition réglementée,
21 bien, le bien public en ressortira. Évidemment, il
22 faut que cette compétition soit réglementée. Mais
23 on cherche également à ce que les gens qui occupent
24 des postes, que ce soit d'avocats, que ce soit
25 d'hommes et de femmes d'affaires, que ce soit de

1 politiciens, soient également des gens qui sont
2 capables de bien fonctionner dans un environnement
3 compétitif. Et les vertus de la compétition et les
4 vertus de la vie de tous les jours ne sont pas
5 nécessairement les mêmes.

6 Alors, quand Madison dit qu'il faut
7 économiser sur la vertu, c'est pour la première
8 raison que j'ai invoquée, c'est-à-dire que les gens
9 ont des dispositions qui sont diverses. Mais
10 deuxièmement, également, dans certaines des
11 institutions qui sont centrales à une société
12 moderne, nous cherchons des gens dont les traits de
13 caractère ne sont peut-être pas les mêmes que ceux
14 que nous désirerions, disons, dans la vie de tous
15 les jours pour monsieur et madame tout-le-monde.
16 Nous cherchons, à la limite, presque des vertus
17 qu'on pourrait dire parfois même martiales, de
18 compétition et de conflits bien gérés, dont on fait
19 l'hypothèse qu'elles donneront lieu au bien public
20 quand elles sont bien réglementées.

21 Alors, en guise d'introduction, voilà un
22 peu ma perspective. Il faut penser non à la vertu
23 des individus qui occupent des rôles importants
24 dans nos institutions, mais plutôt aux règles de
25 fonctionnement des institutions qui feront de sorte

1 que ces institutions pourront remplir leur
2 finalité.

3 Alors, donc, pour moi, l'éthique
4 institutionnelle est une éthique qui est
5 premièrement conséquentialiste, au sens où
6 l'éthique d'une institution dépend de ce que
7 l'institution remplisse sa fonction. On s'attend de
8 la Santé à ce qu'elle fasse la promotion de la
9 santé de la population. On s'attend aux
10 institutions de justice qu'elles servent la cause
11 de la justice. Donc, dans un premier temps,
12 l'évaluation de nos institutions publiques se fait
13 par la question de savoir si, oui ou non, elle
14 remplit les fonctions publiques qui en justifient
15 l'existence, hein, qui en justifient l'existence.
16 Dans le cas qui nous réunit aujourd'hui, est-ce que
17 l'octroi de contrats publics fait de sorte que les
18 contribuables ont en quelque sorte un rendement
19 efficace pour leur argent? Est-ce que les travaux
20 publics qui rendent leur vie... qui sont
21 nécessaires à ce qu'ils puissent aller de A à B
22 dans la vie de tous les jours sont faits de manière
23 compétente et de manière efficace en termes de
24 rapport qualité-prix?

25 Donc, la première dimension d'une éthique

1 institutionnelle, c'est une dimension
2 conséquentialiste. Est-ce que l'institution remplit
3 son rôle public, le rôle qui justifie son
4 existence?

5 Alors, pour que cette fonction
6 conséquentialiste soit remplie, il faut évidemment
7 que des individus remplissent leur rôle à
8 l'intérieur de ces institutions. Et donc, en plus
9 d'être une éthique conséquentialiste, il me semble
10 que l'éthique institutionnelle doit également être
11 une éthique de rôles. Et là je reprends un terme
12 qui a d'abord été imaginé dans le contexte de
13 l'éthique du droit, de l'éthique de la pratique de
14 la profession juridique, où on dit essentiellement
15 qu'il faut identifier les vertus - pour utiliser un
16 terme un peu vieillot - les vertus, les traits de
17 caractère qui permettront aux individus de faire la
18 part... de remplir le rôle, de remplir la fonction
19 qu'ils doivent remplir pour que l'institution dont
20 ils font partie puisse fonctionner. Et, encore une
21 fois, il y a un écart parfois assez important entre
22 les principes et les vertus d'une éthique de rôles
23 et les principes et les vertus d'une éthique
24 abstraite, générale, de la vie de tous les jours.

25 Il est parfois requis de gens qui occupent

1 des rôles qu'ils fassent des choses qu'on
2 n'accepterait pas de gens qui n'occupent pas de
3 telles fonctions. Un des exemples qui est souvent
4 utilisé, qui est... en fait, qui fait partie de
5 l'Éthique 101 des étudiants de droit dans toutes
6 les universités du monde, c'est « Dans quelle
7 mesure est-ce que la confidentialité qui lie
8 l'avocat et son client souffre-t-elle des
9 exceptions dans des cas exceptionnels? Alors, les
10 cas qui sont souvent rendus, un meurtre qui n'a
11 jamais été... qui n'a jamais été résolu, le client
12 vous dit que c'est lui qui l'a commis il y a dix
13 (10) ans et qu'il sait où est le corps de l'enfant,
14 est-ce que l'éthique de rôle exige de l'avocat
15 qu'il taise une information qui est d'intérêt, par
16 ailleurs, public? Et, bon, il y a des débats entre
17 éthiciens sur cette question-là, mais il est
18 certain que l'idée que l'avocat a une
19 responsabilité eu égard à la confidentialité,
20 laquelle confidentialité est absolument essentielle
21 à ce que le système puisse fonctionner, a un poids
22 important. Pour certains, ça va être un poids
23 décisif; pour d'autres, ce sera un poids important.

24 Mais l'idée la plus importante ici, c'est
25 que l'éthique de rôle exige que nous identifions

1 les traits de caractère, les principes auxquels
2 doivent se plier les gens qui occupent des rôles
3 importants dans des institutions et qu'on ne peut
4 pas tout simplement inférer les principes et les
5 vertus de cette éthique de... des principes et des
6 vertus qu'on apprend à nos enfants ou de la vie de
7 tous les jours. Il y a quelque chose
8 d'institutionnellement spécifique qu'il faut
9 bien... qu'il faut bien cibler.

10 Alors, les institutions, je dirais, ont
11 deux mécanismes principaux pour régir le
12 comportement des individus. Premièrement, il y a
13 des processus de sélection et de promotion. Il y a
14 des... on va identifier des individus dont on
15 estime qu'ils sont particulièrement bien placés
16 pour remplir certaines fonctions. Lorsqu'ils sont
17 dans les positions qu'on leur confère, on va en
18 faire la promotion ou non, on va leur donner des
19 promotions ou non. Et une question qu'on peut se
20 poser est : est-ce que les principes soit
21 explicites ou latents qui sont effectifs dans la
22 sélection et dans la promotion des individus à
23 l'intérieur de nos institutions va bien cibler, va
24 bien identifier ces vertus et ces principes dont on
25 estime qu'ils doivent être présents en grande

1 quantité chez les individus qui occupent des places
2 importantes pour que l'institution remplisse sa
3 fonction? Et très souvent, il va y avoir des
4 problèmes à ce niveau-là. Pour des raisons qui sont
5 parfois des raisons de culture institutionnelle, il
6 y a aura des divergences entre les normes
7 effectives, c'est-à-dire les normes qui
8 fonctionnent réellement dans la promotion et dans
9 la sélection d'individus à l'intérieur
10 d'institutions et celles qui devraient être en
11 place et qui sont parfois énoncées explicitement
12 mais qui peuvent parfois devenir, en quelque sorte,
13 inopérantes.

14 Une des leçons que j'ai tirées, moi, de ma
15 lecture des rapports du juge Gomery, c'est qu'il y
16 avait eu peut-être quelque chose de cet ordre-là
17 qui s'est produit dans la promotion et la sélection
18 d'individus haut placés dans la fonction publique
19 d'Ottawa dû au fait que, encore une fois, selon le
20 juge Gomery, on avait eu, à travers les années, une
21 sorte d'érosion du mur séparant la fonction
22 publique du politique qui faisait de sorte que
23 plutôt que de sélectionner et de promouvoir des
24 individus qui ont, disons, les traits de caractère
25 du fonctionnaire vertueux typique de la tradition

1 Westminster, on avait tendance à promouvoir et à
2 sélectionner des gens qui avaient peut-être
3 davantage une attitude partisane plutôt qu'une
4 attitude neutre de serviteur fidèle du bien public.

5 Donc, voilà un cas récent de notre histoire
6 dans laquelle il a pu y avoir un manquement à ce
7 niveau-là, au niveau, donc, des principes qui sont
8 effectifs dans la sélection et dans la promotion
9 d'individus à l'intérieur d'une institution. On
10 commence à voir une divergence entre les vertus et
11 les dispositions de caractères qui sont présents
12 chez les gens qui occupent des fonctions
13 importantes et ce qu'on voudrait avoir en place
14 pour que la... l'institution remplisse sa fonction.

15 Donc, ça c'est la première chose qu'une
16 institution fait pour essayer de promouvoir la
17 présence des vertus de caractères et des
18 dispositions importantes dans une institution.
19 L'autre, évidemment, c'est la production de toutes
20 sortes d'incitatifs. Des incitatifs... bon, la...
21 les institutions, par toutes sortes de manières,
22 souvent formelles, souvent informelles récompensent
23 et sanctionnent différents types de comportements,
24 récompensent financièrement, récompensent de toutes
25 sortes d'autres manières. Et une des choses les

1 plus importantes, lorsqu'on pense au design
2 institutionnel d'une institution importante, c'est,
3 y a-t-il, pour des raisons qui peuvent parfois être
4 tout à fait des effets inattendus, imprévisibles, y
5 a-t-il production d'incitatifs pervers?

6 Pour donner un exemple, encore une fois,
7 d'un autre schéma institutionnel, une des questions
8 à laquelle on réfléchit beaucoup ces temps-ci dans
9 le système de... système de santé, j'ai oublié de
10 mentionner en me présentant que je dirige
11 actuellement un institut à McGill de politique
12 publique et de santé. Une des questions qui...
13 qu'on se pose beaucoup, c'est la question de savoir
14 si le mode de rémunération des médecins au Québec
15 ne produit pas des incitatifs pervers. Même si, au
16 départ, motivé par des raisons tout à fait
17 justifiables, on peut penser et déjà on pensait que
18 la rémunération à l'acte fait de sorte que le
19 médecin n'a pas la motivation fondamentale à voir
20 au bien de son patient à travers le temps. C'est
21 l'acte qui devient, en quelque sorte, la finalité
22 première du médecin, plutôt que d'être la gestion
23 d'un dossier médical à travers le temps.

24 La réforme qui avait été mise en place par
25 le ministre, à l'époque, le ministre de la Santé,

1 Yves Bolduc, qui consistait à essayer de créer des
2 incitatifs financiers pour que les médecins soient
3 récompensés, soient rémunérés en fonction de leur
4 prise en charge de patients à travers le temps,
5 qu'ils les suivent au moins pendant un an - je
6 crois que c'était un an ou dix-huit (18) mois -
7 était une manière de tenter de répondre à ces
8 incitatifs pervers qu'on avait identifiés.
9 Évidemment, ce qui est souvent le cas et c'est une
10 des choses sur lesquelles je voudrais mettre
11 l'accent à la fin de ma présentation, on a souvent
12 tendance à... on connaît l'histoire qui a suivi la
13 mise en place, l'essai de cette modification dans
14 le mode de rémunération. On a découvert que le
15 ministre lui-même, lorsqu'il avait été déchu de ses
16 fonctions de ministre lorsque le Parti québécois
17 avait été élu avait lui-même profité grandement du
18 système qu'il avait mis en place.

19 Le débat public a été dominé, donc, par une
20 question individuelle : est-ce que le ministre, ou
21 l'ex-ministre, avait bien ou mal agi? Et je ne
22 crois pas qu'on se soit posé très longtemps la
23 question de savoir si, outre la question du cas
24 individuel, le système qu'il avait mis en place
25 était un système qui pouvait répondre et remédier à

1 des effets pervers que tout un chacun identifie
2 dans le mode de rémunération du système de santé.

3 Je pense qu'il y a là, encore une fois,
4 quelque chose d'assez typique mais de regrettable
5 dans la manière que nous gérons nos crises
6 publiques - c'est, disons, de les individualiser.
7 On pense que la critique éthique d'une institution
8 doit passer par la critique du fonctionnement d'un
9 individu plutôt que de regarder un peu plus
10 fondamentalement pour voir si les règles, les
11 nouvelles règles de rémunération qui auraient été
12 mises en place par la réforme Bolduc répondaient de
13 manière adéquate aux effets pervers dont on avait,
14 qu'on avait identifiés dans le mode de rémunération
15 précédent.

16 Donc, tout ça pour dire qu'il y a deux
17 manières par lesquelles les institutions, deux
18 manières principales par lesquelles les
19 institutions peuvent réussir ou échouer à faire de
20 sorte que les dispositions, les traits de caractère
21 qui sont importants à la réussite de la finalité de
22 l'institution soient présents dans une, au sein
23 d'une institution. Il y a le mode de... de...

24 Q. [8] Promotion?

25 R. ... de promotion, de recrutement et de promotion et

1 il y a, par ailleurs, tous les autres types
2 d'incitatifs qui sont engendrés par une
3 institution. Le mode de rémunération étant
4 probablement le principal mais non le seul qui vont
5 faire de sorte que, encore une fois, l'individu
6 moralement moyen, qui est capable du meilleur comme
7 du pire, qui est capable, s'il est dans un cadre
8 incitatif adéquat d'agir pour le bien public mais
9 qui est capable également d'agir de manière qui est
10 dysfonctionnelle par rapport au bien public, ce
11 sont les deux manières par lesquelles, donc, les
12 institutions vont réussir ou échouer à la tâche
13 éthique qui leur est impartie de faire de sorte
14 qu'on ait des gens en place qui correspondent à
15 l'éthique de rôle qui est essentielle au
16 fonctionnement de l'institution.

17 Alors, ça résume de manière un peu générale
18 et abstraite ma manière de concevoir l'éthique
19 institutionnelle. C'est donc une manière de voir
20 les choses qui n'est pas individualiste, qui ne
21 cherche pas à identifier les traits de caractère,
22 bons ou mauvais d'un individu abstrait de tout
23 contexte institutionnel et c'est une conception de
24 l'éthique qui est un peu à deux niveaux. Il faut
25 d'abord identifier, je dirais, les finalités qui

1 doivent être remplies par une institution pour
2 ensuite voir un peu quelle est la meilleure manière
3 de remplir cette fonction et, ensuite, comment
4 définir des rôles à l'intérieur de l'institution
5 qui font de sorte que ces finalités
6 institutionnelles seront remplies. Alors, on ne
7 peut vraiment se poser la question de ce qu'est
8 l'éthique de rôle de l'individu à l'intérieur d'une
9 institution que si on a une visée claire, une
10 vision claire des finalités de cette institution.

11 Donc, pour résumer, je défends pour les
12 institutions publiques une conception qui est
13 conséquentialiste au niveau de l'institution elle-
14 même et éthique de rôle au niveau des individus qui
15 remplissent les fonctions importantes à l'intérieur
16 de ces institutions.

17 Alors, l'implication la plus naturelle de
18 tout cela c'est que lorsqu'il y a des
19 dysfonctionnements évidents dans le fonctionnement
20 d'une institution, je crois que nous devrions, dans
21 un premier temps, aller voir s'il n'y a pas eu des
22 problèmes au niveau de ces deux systèmes de
23 sélection et de promotion de traits de caractère,
24 donc les systèmes par lesquels nous recrutons et
25 faisons la promotion d'individus, les systèmes par

1 lesquels nous générons des, nous engendrons des
2 incitatifs pour ces individus plutôt que
3 d'identifier des mauvais comportements individuels.

4 Il y a une tentation tout à fait naturelle,
5 je crois qu'elle est probablement même ancrée
6 quelque part dans notre biologie, que d'aller
7 essayer d'assigner la culpabilité à des individus.
8 Quand quelque chose se passe mal, on veut pouvoir
9 identifier la personne ou les personnes nommées et
10 nommables qui ont été à la base de ces problèmes
11 et, bon, très souvent, les enquêtes, que ce soit
12 Gomery, que ce soit l'enquête que vous menez
13 aujourd'hui, nous invite à cela.

14 Nous passons des mois à voir passer des
15 gens qui, si je peux m'exprimer librement, invitent
16 souvent ce genre d'attitude de la part du citoyen
17 « Mon Dieu, quel scélérat celui-là, il s'est
18 vraiment rempli les poches. » Ce qui est sans doute
19 vrai mais je crois que nous ne répondrons de
20 manière durable au dysfonctionnement systématique,
21 il faut éviter le réflexe qu'on sait, c'est-à-dire
22 une fois qu'on a identifié ces mauvaises personnes,
23 sanctionnons-les, sortons-les de leurs fonctions et
24 remplaçons-les par de meilleures personnes à
25 l'intérieur d'un système de règles et d'incitatifs

1 qui, par ailleurs, demeurera inchangé.

2 Il me semble que si nous n'allons pas
3 chercher au niveau du fonctionnement, donc, de ces
4 règles institutionnelles qui créent des incitatifs,
5 qui promeuvent certaines personnes plutôt que
6 d'autres, on va tout simplement se retrouver avec
7 le même problème répété de manière parfois peut-
8 être un peu différente donc assez rapidement.

9 Donc, il faut éviter, il faut éviter, je
10 dirais, de répondre à des problèmes qui sont
11 systémiques par des solutions qui sont
12 individuelles, disons qui mettent un focus sur les
13 comportements et sur les vices en quelque sorte
14 individuels.

15 Et je dirais que... ce qui correspond en
16 quelque sorte à cette manière individuelle de
17 concevoir les solutions à l'éthique, c'est deux
18 solutions qui me semblent être des solutions
19 sparadraps, des solutions très superficielles mais
20 que l'on voit très souvent dans ce genre de
21 situation, comment régler les dysfonctionnements
22 d'une institution.

23 Bien, premièrement, par des codes
24 d'éthique. On va les regarder pour voir s'il y
25 avait des codes d'éthique bien formulés qui étaient

1 présents ou non, et s'il y en avait un, bien, on va
2 le perfectionner. S'il n'y en avait pas, on va en
3 rédiger un. Donc, premièrement, la solution code
4 d'éthique.

5 Et deuxièmement, la solution multiplication
6 des processus de vérification de reddition de
7 comptes, et caetera, et caetera. Donc, faisons de
8 sorte qu'il soit plus difficile qu'il ne l'était
9 avant de faire dans la malversation financière, en
10 exigeant des gens qu'ils remplissent
11 essentiellement énormément de formulaires. Bon.

12 La solution code d'éthique... les deux
13 solutions me semblent au plus faire partie d'un
14 ensemble de solutions institutionnelles adéquates,
15 parce qu'elles interviennent trop tard, en quelque
16 sorte, dans le design institutionnel. On essaie
17 d'attraper des mauvais comportements plutôt que de
18 les rendre moins probables en quelque sorte à la
19 source.

20 Le code d'éthique, c'est bien connu, une
21 fois qu'il énonce des règles, pour la personne qui
22 est mal disposée, pour la personne qui veut se
23 servir de son rôle pour son gain personnel ou pour
24 des finalités qui sont autres que celles que
25 l'institution devrait suivre, le code d'éthique

1 devient en quelque sorte un « how-to », si vous
2 permettez l'expression anglaise, voici les règles
3 explicites et formelles que vous devez éviter, mais
4 tant que vous restez au niveau de la lettre de la
5 loi, vous pouvez trouver des manières de contourner
6 l'esprit de la loi qui vous permettront d'agir de
7 manière qui est dysfonctionnelle du point de vue de
8 l'institution, tout en pouvant vous dire que vous
9 respectez la lettre de la loi.

10 Donc, le code d'éthique, et pris en tant
11 que tel, me semble-t-il une solution qui est au
12 moins incomplète au problème que nous avons
13 identifié.

14 Bon, la multiplication des processus de
15 vérification et de reddition de comptes, pas pour
16 dire que la reddition de comptes ne fait pas partie
17 importante de l'ensemble des solutions, mais encore
18 une fois, pris isolément, cela peut engendrer
19 également des problèmes.

20 Premièrement, le problème que la reddition
21 de compte, la multiplication des processus de
22 vérification intervient trop tard dans le processus
23 institutionnel, me semble-t-il. Bon. Bien, souvent,
24 ne pas faire la part des choses entre les
25 comportements triviaux qui n'empêchent pas

1 l'institution de fonctionner comme elle le doit et
2 ceux qui vraiment deviennent des obstacles majeurs
3 à ce que l'institution puisse fonctionner alourdit
4 terriblement et implique des coûts considérables
5 dans le fonctionnement d'une institution.

6 Étant professeur d'université et
7 travaillant souvent avec des deniers publics, je
8 peux vous dire que l'après Gomery a engendré toute
9 une couche administrative assez considérable qui
10 s'assure que douze dollars (12 \$) n'ont pas été mal
11 dépensés selon les règles qui sont celles du
12 fonctionnement de l'institution. Je ne suis pas sûr
13 que les finalités que le juge Gomery avait
14 identifiées dans le deuxième volume de son rapport
15 sont nécessairement bien servies par le fait
16 simplement d'alourdir le processus institutionnel
17 par une quantité importante de systèmes de
18 reddition de comptes, qui encore une fois ne font
19 pas nécessairement la différence entre des
20 dysfonctionnements vraiment profonds dans une
21 institution et ceux qui sont relativement triviaux.

22 Et c'est quelque chose qui est devenu
23 relativement un dogme parmi les gens qui
24 travaillent dans le management des institutions
25 publiques, la multiplication des mécanismes de

1 reddition de comptes peut elle-même donner lieu à
2 des incitatifs ou à des motivations perverses.
3 Donner lieu à une dynamique dans une institution
4 qui fait de sorte que, une personne qui n'est pas
5 au départ disposée à abuser de son rôle
6 institutionnel, voyant le nombre de processus de
7 vérification et de reddition de comptes auxquels
8 elle est soumise peut se dire : « Mais il doit y
9 avoir des gens dans cette institution qui se
10 remplissent les poches. Le fait que je ne le fasse
11 pas moi-même veut dire que je suis en quelque sorte
12 une poire, le dindon de la farce. Il devrait
13 probablement y avoir des... »

14 Donc, il y a des incitatifs pervers avérés
15 qui ont été observés dans certaines institutions,
16 qui naissent encore une fois de l'intention tout à
17 fait vertueuse de contrôler les comportements des
18 individus en multipliant les processus de reddition
19 de comptes.

20 Alors, je conclurais, je pense que j'arrive
21 probablement à peu près à la fin de mon temps, en
22 disant que l'histoire récente du Québec et du
23 Canada n'inspire pas une confiance... enfin, il y a
24 énormément de pression politique à aller dans le
25 sens des solutions rapides, des solutions

1 superficielles, des solutions qui satisfont
2 également, disons l'appétit public pour la punition
3 des coupables, pour l'identification des mauvaises
4 personnes.

5 Évidemment, travailler les institutions
6 dans leur fond, revoir les règles de fonctionnement
7 des institutions dans leur fond, c'est beaucoup
8 plus difficile, c'est beaucoup plus potentiellement
9 politiquement coûteux, et je crois que les derniers
10 épisodes que nous avons eus, qui sont analogues à
11 celui-ci dans l'histoire du Québec et du Canada...
12 enfin, ceci est une certaine crainte de ma part, en
13 tant que personne qui a observé ce genre d'histoire
14 depuis des années, que l'occasion, une fois votre
15 rapport transmis au politique, l'occasion d'une
16 réforme vraiment fondamentale des manières de
17 fonctionner des institutions qui nous intéressent
18 ici, que cette opportunité ne sera pas prise. Mais
19 je pense vraiment - et c'est là-dessus que je
20 conclurais - que ce serait une opportunité manquée,
21 qu'il nous faut vraiment identifier les
22 dysfonctionnements systémiques plutôt que les
23 individus corrompus à l'intérieur d'une institution
24 pour nous poser la question de savoir : comment se
25 fait-il que des gens comme ceux-là aient été promus

1 de telle manière à l'intérieur d'une institution?
2 Comment se fait-il qu'il semblerait que nos
3 institutions entourant l'octroi et la gestion des
4 contrats publics aient pris des gens qui sont
5 probablement de motivations diverses et différentes
6 et les aient transformés, en quelque sorte, en
7 rouage d'un système complètement dysfonctionnel par
8 rapport à la fidélité de l'institution plutôt qu'en
9 rouage fonctionnel? Il faut se poser les questions
10 à ce niveau-là plutôt que d'aller dans le sens
11 d'une réponse individualiste aux problèmes éthiques
12 qui ont été mis en évidence ces dernières décennies
13 par, donc, l'octroi des contrats publics dans le
14 domaine de la construction au Québec.

15 Je m'arrêterai là. Merci.

16 Me GENEVIÈVE CARTIER :

17 Q. [9] Merci beaucoup, Professeur Weinstock. Donc,
18 beaucoup de... beaucoup d'éléments très
19 intéressants pour nos réflexions et donc qui
20 suscitent à leur tour un certain nombre de
21 questions. Je commencerais d'abord par poser une
22 question peut-être un peu plus générale qui vise à
23 situer l'éthique dans l'ensemble des normes qui
24 régissent le comportement des pouvoirs publics.

25 R. Oui.

1 Q. **[10]** Je pense que c'est une des questions les plus
2 difficiles qui doit être posée parce qu'il me
3 semble y avoir un amalgame dans les interventions
4 de tout le monde de... les médias, les simples
5 citoyens, et caetera, sur l'idée que... ou la place
6 respective qu'occupent l'éthique, le droit, la
7 déontologie, et le risque, peut-être, de perdre
8 l'importance relative ou la place relative de
9 chacun...

10 R. Oui.

11 Q. **[11]** ... dans leur rôle. Alors, j'aimerais vous
12 entendre sur l'importance de clarifier le
13 vocabulaire et le rôle de chacun de ces systèmes
14 normatifs, en fait.

15 R. Oui. Bien, je... enfin, il m'est souvent arrivé,
16 tout au long de ma carrière, et ça m'arrive encore
17 aujourd'hui, que l'on m'appelle pour une table
18 ronde à la télévision, à la radio, avec un juriste,
19 quelqu'un du management pour parler soit de la
20 situation qui nous réunit aujourd'hui ou d'autres
21 problèmes et que, au bout d'un certain temps,
22 l'animateur ou l'animatrice se tourne vers moi et
23 me demande : « Et alors, » - et je vous le dis
24 « verbatim », à de nombreuses reprises - « que dit
25 l'éthique là-dessus? » comme si l'éthique était un

1 ensemble de normes complètement hermétiquement
2 fermées par rapport aux autres.

3 Une autre manière de dire ce que j'ai
4 essayé de dire pendant ma présentation est que,
5 bon, je crois que l'éthique est, dans un sens, plus
6 fondamentale que les autres systèmes normatifs qui
7 gèrent le fonctionnement des gens. Plus
8 fondamentale parce que l'éthique va, me semble-t-
9 il, déterminer comment utiliser les autres systèmes
10 normatifs dont nous disposons pour que les
11 institutions poursuivent des finalités qui sont
12 justifiabiles du point de vue du bien public. Donc,
13 elle est plus fondamentale parce qu'elle va gérer,
14 en quelque sorte, ou elle va nous donner des
15 manières de voir comment mettre en place les autres
16 dispositifs normatifs. Je dirais, par contre, que
17 du point de vue de la personne qui occupe une
18 fonction à l'intérieur d'une institution, elle est
19 probablement, du fait d'être plus fondamentale,
20 également plus invisible. Parce que, quand le
21 système fonctionne bien, les normes et les règles
22 auxquelles l'individu doit obéir sont les normes et
23 les règles qui sont, en quelque sorte, positives,
24 déterminées par son cadre institutionnel. L'éthique
25 aura eu un rôle important dans le façonnement de

1 ces règles mais, une fois qu'elle aura bien façonné
2 les règles, et une fois que l'institution
3 fonctionnera de manière adéquate, ce n'est pas
4 comme s'il y avait un ensemble distinct de règles
5 que l'on pourrait mettre aux côtés des règles,
6 disons, plus bureaucratiques de fonctionnement pour
7 dire : « En plus de ces normes-là, il faut que tu
8 obéisses aux normes éthiques. »

9 Alors, c'est ma manière de concevoir les
10 choses. Donc, plus fondamentale dans un sens parce
11 que justifiant l'utilisation des autres normes,
12 mais paradoxalement peut-être également plus
13 invisible du point de vue de l'individu qui remplit
14 une fonction dans une institution.

15 Q. **[12]** Et peut-être une question liée à la
16 précédente. On sait que les comportements dont on a
17 allégué l'existence au cours de nos audiences
18 réfèrent parfois à des violations possibles de
19 certaines lois criminelles...

20 R. Oui.

21 Q. **[13]** ... bien, en fait, je pense par exemple aux
22 règles de la concurrence.

23 R. Oui.

24 Q. **[14]** Le risque dans l'amalgame qui est fait entre
25 l'éthique, le droit, par exemple... est-ce que le

1 risque ne pourrait pas être de minimiser, en fait,
2 la gravité de certains actes, bien que l'éthique
3 soit à un niveau plus fondamental? Mais est-ce
4 qu'on doit éviter le piège de minimiser ou
5 « d'euphémiser » - je sais pas si c'est un mot qui
6 existe - la gravité des actes... en fait, de la
7 présence des lois criminelles et de ces
8 comportements criminels? Autrement dit, le discours
9 de l'éthique devrait plutôt nous permettre de
10 mettre en évidence la gravité relative de certains
11 comportements...

12 R. Hum.

13 Q. **[15]** ... plutôt que de réduire à un dénominateur
14 commun toutes les actions...

15 R. Oui.

16 Q. **[16]** ... qui sont posées dans un...

17 R. Bien, je le verrais... je le verrais autrement par
18 rapport au droit criminel, par exemple. Bon, le
19 droit criminel est une institution importante de
20 notre société mais une institution - et je pense
21 que c'est quelque chose, c'est une tendance lourde
22 je dirais aujourd'hui, de se poser la question si
23 tel ou tel comportement devrait être géré par le
24 droit criminel ou non. Et en fait, en parlant
25 maintenant avec mon chapeau d'universitaire plutôt

1 que mon chapeau de lecteur de journal quotidien, il
2 y a une tendance à penser qu'on a probablement fait
3 un usage excessif du droit criminel dans certains
4 domaines. Bon, la Cour suprême elle-même est en
5 train de nous pousser dans cette direction-là à
6 travers la manière qu'elle suggère que soit
7 traitée, par exemple, la question de l'utilisation
8 de la toxicomanie, du travail du sexe, et caetera,
9 et caetera.

10 Donc, je dirais que lorsqu'on décide, en
11 tant que société, qu'un comportement est
12 suffisamment grave, et là c'est la question éthique
13 qui... la question...

14 Q. **[17]** Qui se pose?

15 R. ... la question éthique se pose au fond, quels sont
16 les comportements, même si nous acceptons qu'il
17 faut faire une utilisation relativement
18 parcimonieuse du droit criminel pour toutes sortes
19 de raisons, quels sont les comportements dont on
20 estime que néanmoins, ils devraient vraiment faire
21 l'objet, là, de sanctions criminelles et non pas de
22 sanctions administratives? Bien c'est dire toute
23 leur gravité.

24 Q. **[18]** Oui.

25 R. Et donc, lorsqu'un... si on fait l'hypothèse qu'il

1 y a des règles en place, des règles, des lois
2 criminelles qui interdisent ce genre de
3 comportement et que leur présence parmi les lois
4 criminelles émane d'une réflexion de ce type-là, en
5 tant que société, quels sont les comportements dont
6 nous voulons dire qu'ils sont suffisamment graves
7 pour qu'ils soient gérés par le droit criminel,
8 c'est-à-dire que les gens puissent se voir ôter
9 leur liberté, à la limite? Bien je pense que c'est
10 dire toute la gravité sur le plan éthique d'un
11 manquement à des... à des principes et des règles
12 de droit criminel. Donc, je le verrais autrement.
13 De dire que le droit est plus fondamental, c'est de
14 dire que les règles qui sont, en quelque sorte,
15 justifiées par les règles d'éthique sociale ont une
16 grande importance.

17 Q. **[19]** Je... vous avez évoqué certains pièges dans
18 lesquels il faut éviter de tomber. Vous avez
19 mentionné le... l'effet sparadrap du code
20 d'éthique...

21 R. Oui.

22 Q. **[20]** ... et la multiplication des processus de
23 vérification. J'aimerais qu'on revienne sur ces
24 deux questions-là. La plupart des... des
25 institutions dans lesquelles, ou en tout cas, un

1 certain nombre d'institutions dans lesquelles des
2 problèmes se sont posés disposaient de code
3 d'éthique.

4 R. Oui.

5 Q. **[21]** Et on pourrait avoir le réflexe de dire :
6 « Bien voilà, c'est la preuve que ça donne rien. »

7 R. Oui.

8 Q. **[22]** Mais on pourrait peut-être aussi se dire que
9 le code d'éthique est un point de départ et qu'il
10 peut peut-être servir de déclencheur à une
11 réflexion plus sérieuse à l'intérieur d'une
12 institution et que, accompagné de programmes de
13 formation adéquats, il peut déboucher sur autre
14 chose qu'un sparadrap, c'est-à-dire qu'il pourrait
15 aussi constituer une façon de prévenir les
16 comportements inappropriés...

17 R. Oui.

18 Q. **[23]** ... en éduquant, en fait, les gens sur leur
19 rôle institutionnel. Qu'est-ce que vous pensez de
20 ça?

21 R. Vous avez commencé à répondre à votre propre...

22 Q. **[24]** Oui.

23 R. ... question. C'est-à-dire que le code d'éthique ne
24 peut pas en soi être... être une... un objet
25 suffisant. De dire aux gens : « Écoutez, là, voici

1 votre « package », voici les... entre autres, voici
2 le truc de rémunération, pension et il y a une
3 page, là, qui est le code d'éthique, lisez-le bien
4 et vous serez bétonnés sur le plan de l'éthique. »
5 Vous l'avez dit vous-même, donc, ça ne... ça doit
6 s'accompagner minimalement, donc, d'un... d'un
7 élément de formation. Ça peut servir d'élément dans
8 une formation d'une personne qui occupe des
9 fonctions importantes dans une institution
10 publique.

11 Moi je ferais l'analogie entre code
12 d'éthique et quelque chose comme la Charte des
13 droits. La Charte des droits est une institution
14 terriblement importante de notre société parce
15 qu'elle reflète un certain nombre de valeurs,
16 elle... elle exprime un certain nombre de valeurs
17 qui sont fondamentales dans notre société. On
18 espère, par ailleurs, qu'il ne faille pas en faire
19 une utilisation quotidienne, que disons l'ancrage
20 de la Charte des droits dans la société se reflète
21 non pas par le fait qu'on s'en sert à tous les
22 jours, mais par le fait qu'il y a une culture des
23 droits qui accompagne la présence de la Charte des
24 droits, fasse de sorte qu'il ne faille pas
25 constamment y revenir pour dire : « Écoutez, là,

1 cette loi-là ça ne fonctionne pas. » Que les
2 législateurs, donc, soient suffisamment emprunts de
3 la culture des droits pour qu'ils y adhèrent, en
4 quelque sorte, spontanément. Évidemment, dans
5 certaines... dans certaines situations, il va
6 falloir l'utiliser vraiment comme un outil positif.

7 Je dirais qu'un code d'éthique va
8 fonctionner un peu de cette manière-là. Un code
9 d'éthique, si on doit y recourir à tous les jours
10 pour sanctionner des gens, pour vérifier le
11 comportement des gens, c'est qu'il y a quelque
12 chose qui ne fonctionne pas. Il faut que le code
13 d'éthique soit vu comme étant le... il fonctionne
14 comme le reflet et l'expression de valeurs qui
15 unissent les gens à l'intérieur d'une institution,
16 mais c'est pas la simple présence du code d'éthique
17 qui va faire que cette unification et cette
18 présence sera là.

19 La formation, oui. La formation... mais la
20 formation va devoir aller rapidement au-delà du
21 code d'éthique parce que simplement de regarder les
22 quinze (15) articles d'un code d'éthique en y
23 méditant profondément, ça donnera pas grand-chose.
24 Il va falloir, à un moment donné, que cette
25 formation passe par la justification des différents

1 éléments. Pourquoi est-ce que ces règles sont là?
2 Et donc, on va aller très rapidement au-delà du
3 code d'éthique lui-même. Mais je dirais que...
4 donc, la formation est quelque chose de
5 probablement très important. Mais je dirais qu'en
6 l'absence, disons, d'une... d'un design
7 institutionnel, si vous me permettez l'expression,
8 qui n'engendre pas des incitatifs pervers à tout...
9 à tout bout de champ, même une formation qui déjà,
10 on s'entend, va au-delà de la simple présence du
11 code d'éthique, sera probablement insuffisante.

12 Q. [25] Hum hum. Et toujours sur la question des codes
13 d'éthique, vous disiez que ces codes peuvent avoir
14 l'effet pervers d'indiquer à ceux qui auraient
15 cette propension à contourner les objectifs d'un
16 service public, par exemple, d'identifier les
17 failles à l'intérieur desquelles se faufiler, est-
18 ce que... comment se... comment se... dans
19 l'hypothèse où on a fait un design institutionnel
20 approprié et qu'on est rendu à l'étape du code
21 d'éthique, comment se prémunir contre cette
22 tendance ou cet effet pervers que pourrait avoir un
23 code d'éthique? Est-ce qu'on en revient à la
24 formation dont on parlait tantôt ou est-ce qu'il y
25 a une façon de concevoir ces codes d'éthique?

1 R. Je crois que la conception des codes d'éthique eux-
2 mêmes ne pourra jamais être suffisante pour
3 répondre à la question. Et c'est un problème qui
4 n'est pas seulement présent dans les codes
5 d'éthique, je dirais que...

6 Q. **[26]** Les lois sont...

7 R. ... le système juridique au complet est présent. Il
8 y a la loi, je donne un cours aujourd'hui à McGill,
9 cette session à McGill, sur le droit, les
10 fondements du droit fiscal avec ma collègue
11 fiscaliste et nous passons notre temps à voir
12 comment, de manière, d'une ingéniosité absolument
13 remarquable les individus et les corporations
14 réussissent à obéir. Donc, il faut faire la
15 distinction, vous me passerez les expressions
16 anglaises puisque j'enseigne à McGill entre « tax
17 evasion » ce qui est carrément illégal et « tax
18 avoidance » où, carrément, on a identifié quelque
19 chose qui est possible étant donné la lettre de la
20 loi mais qui est clairement contraire à l'esprit de
21 la loi. Mais, bon, on met en vigueur la lettre de
22 la loi et pas son esprit parce qu'il y a d'autres
23 abus qui viennent lorsqu'on essaie de faire cette
24 dernière chose. Et donc, les mots sont, les mots
25 ont cette frustrante... comment dire?

1 Q. **[27]** Propriété?

2 R. Limitation qui est qu'ils sont limités, dans leur
3 capacité, à identifier avec précision tous les
4 comportements que nous voulons éviter. Et donc,
5 oui, la formation fera partie de la solution mais,
6 également, et au risque de me répéter, il me semble
7 que ce que nous voulons c'est que la majorité des
8 gens qui occupent des fonctions importantes dans
9 une institution ne soit pas disposés au départ à
10 aller chercher à l'intérieur d'un code d'éthique la
11 petite bête qui leur permettra de dire « Ah! Si je
12 fais ceci, je serais blindé du point de vue de la
13 lettre de la loi mais je réussirais quand même à
14 enfreindre à sa finalité. ». Comment faire de sorte
15 que nous n'avons pas des gens qui sont constamment
16 en train de chercher des moyens de contourner... Et
17 le problème des codes d'éthique explicites,
18 positifs, c'est qu'ils deviennent, en quelque
19 sorte, un mode d'emploi pour, dans la pire
20 hypothèse, ils deviennent un mode d'emploi « Voici
21 ce à quoi je dois m'en tenir minimalement et je
22 vais m'employer à trouver toutes sortes de manières
23 tout à fait ingénieuses de contourner l'esprit tout
24 en respectant la lettre ».

25 Q. **[28]** Donc, je comprends que la... il faudrait,

1 selon votre expérience, voir avec prudence le rôle
2 et l'effet que pourraient jouer les codes d'éthique
3 à l'intérieur d'un certain (inaudible)?

4 R. Ne pas les voir comme étant des solutions en soi
5 mais comme faisant partie d'un ensemble...

6 Q. **[29]** D'un arsenal.

7 R. ... d'outils et probablement pas le plus important
8 de...

9 Q. **[30]** De l'arsenal?

10 R. Oui.

11 Q. **[31]** Toujours dans la question des solutions
12 sparadraps dont vous parliez...

13 R. Oui.

14 Q. **[32]** ... tantôt, vous disiez qu'il était important
15 d'éviter la multiplication des processus de
16 vérification, de reddition de comptes. Il y a là un
17 équilibre difficile...

18 R. Tout à fait.

19 Q. **[33]** ... difficile à atteindre.

20 R. Oui.

21 Q. **[34]** Et est-ce que, diriez-vous que l'équilibre est
22 atteint avec moins de processus de reddition de
23 comptes qu'avec plus de processus? Ou, autrement
24 dit, est-ce que le fait de donner le message ou
25 l'envoi du message qu'on ne formalise pas trop les

1 processus de vérification ou de reddition de
2 comptes, qu'on établit le principe de la
3 responsabilité et des objectifs des finalités de
4 l'institution publique, est-ce que ça, c'est peut-
5 être plus garant de résultat que d'accumuler les
6 règles formelles? En fait, comment trouver
7 l'équilibre? Parce qu'il y a beaucoup de demandes
8 pour, il y a beaucoup de gens...

9 R. Oui.

10 Q. **[35]** ... qui nous disent « Oui, il faut ajouter un
11 inspecteur ici. ».

12 R. Oui, oui.

13 Q. **[36]** « Il faut obtenir des rapports, faire des
14 statistiques, et caetera », alors...

15 R. Sur le détail, je pense qu'il n'y a pas de formule
16 miracle et je suis probablement un peu au-delà de
17 mon expertise en vous disant « Voilà exactement
18 comment, voici exactement le type de processus de
19 vérification qu'il faut essayer de mettre en
20 place ».

21 Je voulais tout simplement identifier deux
22 dangers, ou deux ou trois dangers qui me semblent
23 accompagner, disons, la solution de la vérification
24 mur à mur, chaque stylo et chaque trombone est
25 comptabilisé. Premièrement, celui de ne pas faire

1 la différence entre vraiment les comportements
2 corrompus qui empêchent une institution, qui vont
3 carrément faire de sorte qu'une institution soit
4 détournée de sa finalité et ceux qui, sans être, le
5 terme trivial est peut-être un peu fort, ne sont
6 pas à mettre dans le même ensemble.

7 Je pense qu'on fait plus répondre à une
8 volonté populaire de manière facile en multipliant
9 ce genre de choses. Écoutez, on a des vérificateurs
10 partout, on a des formulaires partout - personne ne
11 peut aller chercher un stylo dans le placard sans
12 remplir trois formulaires à cinq exemplaires. On
13 répond plus à une demande, disons, je dirais peut-
14 être médiatique, publique, qu'on ne fait vraiment
15 du bien à l'intérieur de l'institution,
16 premièrement parce qu'on ne fait pas suffisamment
17 la distinction entre les comportements corrompus
18 qui permettent, qui empêchent une institution de
19 faire ce qu'elle doit faire et ceux qui sont peut-
20 être un peu plus triviaux; deuxièmement, parce que,
21 et encore une fois, j'ai lu récemment des études
22 que je pourrais vous faire parvenir où, tout d'un
23 coup, des gens qui sont spontanément disposés à
24 agir de manière parfaitement vertueuse se
25 retrouvent dans un environnement de vérification

1 qui est tel qu'ils se disent « Bien, ma foi...

2 Q. **[37]** Je suis le seul à...

3 R. ... je suis le seul. » Ou bien, c'est peut-être le
4 propre de l'humain, une fois qu'on lui impose un
5 ensemble de règles extrêmement étouffant, de
6 chercher des moyens d'y échapper alors qu'au départ
7 elle n'avait peut-être pas une intention de poser
8 les actes qu'elle poserait dans ce climat-là. Donc,
9 de noyer un peu, disons, ce qui est
10 véritablement... ce qui est véritablement
11 important.

12 Cela dit, je ne voudrais pas qu'il y ait
13 demain une manchette qui dise : « Le professeur
14 Weinstock est contre toute vérification et
15 tout... » C'est loin d'être le cas. Et en
16 m'écoutant parler, je me disais que c'était peut-
17 être l'impression à laquelle je... ce n'est pas du
18 tout le cas.

19 Mais encore une fois, c'est une solution
20 qui est en quelque sorte une solution de dernier
21 mile plutôt qu'une solution de fonctionnement
22 institutionnel. Si on se sert trop de ces modes de
23 vérification, s'ils attrapent trop de choses, c'est
24 probablement qu'on n'a pas fait le travail de fond
25 en amont qui doit être effectué.

1 Q. **[38]** Donc, en fait, si je peux faire une
2 distinction, en fait on devrait se concentrer sur
3 les comportements qui menacent l'intégrité ou la
4 vocation première de l'institution...

5 R. Oui.

6 Q. **[39]** ... et voir autrement peut-être les aspects
7 accessoires du...

8 R. Oui, oui.

9 Q. **[40]** Peut-être juste pour compléter sur cette
10 question-là, quand vous disiez que ce sont deux
11 solutions qu'il faut éviter, donc... Oui, allez-y.

12 R. Pas éviter. Qu'il ne faut pas voir comme étant
13 suffisantes en tant que telles.

14 Q. **[41]** Des sparadraps, ce sont des sparadraps.

15 R. Ce sont des solutions de dernier mile, et je crois
16 qu'un des révélateurs du fait qu'on n'a pas
17 suffisamment fait le travail institutionnel en
18 amont, ou de fond, c'est qu'on s'en serve trop
19 souvent. Un bon, si vous me passez l'analogie, je
20 ne sais pas si vous vous souvenez de l'annonce du
21 réparateur Maytag qui était tout seul dans son...
22 qui ne se faisait jamais appeler, la contrepartie,
23 si on utilise trop les institutions de réparation,
24 c'est que probablement que le produit lui-même...

25 Q. **[42]** Le produit est déficient.

1 R. ... est déficient.

2 Q. **[43]** En fait, il y avait cette question-là, mais je
3 vais peut-être aller plutôt sur la question des
4 incitatifs. Vous disiez donc qu'il y a deux
5 mécanismes qu'on doit avoir en tête pour
6 promouvoir, en fait, les vertus ou les caractères
7 qui sont nécessaires à la réussite d'une
8 institution. D'une part, vous disiez, la question
9 de la promotion, mais je vais aussi y revenir tout
10 à l'heure, et la question des incitatifs divers.
11 Vous donniez l'exemple du mode de rémunération des
12 médecins.

13 Dans le cadre de nos... du type
14 d'institutions qui interviennent dans le processus
15 d'octroi et de gestion des contrats, quel type
16 d'incitatifs verriez-vous comme des pas dans la
17 bonne direction?

18 R. Alors, je pense qu'il y a deux... je vais donner
19 des exemples, des exemples qui... Il y a dans les
20 recherches que j'ai faites un volet de la recherche
21 qui peut parfois faire sourire, quand on y pense,
22 parce qu'on est tellement portés sur les modes
23 de... quand on entend incitatif, on entend presque
24 implicitement incitatif financier. Incitatif, c'est
25 presque synonyme de rémunération.

1 Il y a beaucoup de recherches qui sont
2 faites dans la psychologie organisationnelle sur
3 l'utilisation d'outils liés à la réputation. Les
4 gens, et c'est la psychologie expérimentale plutôt
5 que la philosophie ou l'économie expérimentale qui
6 nous le révèle, sont souvent autant motivés par des
7 considérations de rémunération... par des
8 considérations de réputation que par des
9 considérations de rémunération. Et ça fait partie
10 de la complexité de cet animal humain qui habite
11 nos institutions.

12 C'est que, on peut être en quelque sorte
13 tiré par le haut et tiré par le bas également. Pas
14 pour dire que la rémunération veut dire tirer par
15 le bas, mais disons, je pense qu'il y a des outils
16 qui jouent sur la motivation claire que les
17 individus ont à jouir auprès de leurs pairs et
18 auprès de la société d'une manière générale d'une
19 réputation, d'une bonne réputation, sur lesquels on
20 pourrait peut-être tabler.

21 Je vais vous donner un exemple qui peut...
22 encore une fois, c'est un peu... un exemple parmi
23 tant d'autres, mais qui pourrait servir de modèle.
24 Pendant quelques années j'ai servi sur le comité
25 d'octroi d'un prix qui était relativement bien

1 médiatisé pendant certaines années, je pense que le
2 prix n'existe plus, malheureusement, du bon citoyen
3 corporatif.

4 Donc, à chaque année, il y avait une firme,
5 une corporation, une compagnie, qui mettait de
6 l'avant des dossiers pour dire, bon, en plus de
7 faire de l'argent, voici des choses que nous avons
8 faites pour essayer d'être de bons citoyens sur le
9 plan corporatif. Et on recevait vraiment des
10 quantités considérables de dossiers qui étaient
11 montés par les compagnie. Encore une fois,
12 motivations, disons, de toutes sortes d'ordres. Ils
13 se rendent compte que de recevoir ce prix ne fera
14 probablement pas de mal sur le chiffre d'affaires,
15 mais à voir tout le travail que ces compagnies
16 mettaient de l'avant pour obtenir le prix,
17 montaient des dossiers absolument formidables avec
18 des vidéos, et caetera, je pense qu'il y a quelque
19 chose d'irréductible qui a trait à la volonté que
20 les gens ont de bien paraître, d'être vus comme
21 étant de bonnes personnes, de jouir d'une
22 réputation favorable.

23 Et donc, il y a même un livre important qui
24 s'appelle « The Economy of Esteem », L'économie de
25 l'estime, qu'on peut voir l'estime comme étant une

1 sorte de monnaie, en quelque sorte, alternative à
2 celle de la rémunération, dont on peut définir les
3 règles et la logique, et les ressorts
4 psychologiques, et caetera.

5 Donc, c'est une réponse un peu générale
6 avec un exemple particulier, mais il me semble que,
7 il y a de l'imagination institutionnelle peut-être
8 plus grande que celle à laquelle nous pensons quand
9 nous pensons aux incitatifs uniquement sur le plan
10 financier, sur lesquels nous pourrions jouer.

11 Donc, je ne sais pas, moi, de... qu'une
12 compagnie qui obtient un contrat public, en plus
13 d'obtenir le contrat, puisse se targuer d'avoir
14 fait un maximum pour disons donner aux citoyens,
15 là, une valeur pour son argent...

16 Q. **[44]** Hum, hum.

17 R. ... des innovations sur le plan environnemental.

18 Nous avons réussi à faire un plan pour la Ville de
19 Montréal qui... qui est... qui assure un rendement
20 qualité-prix absolument important puis qui, en
21 plus, a des bénéfices sur le plan de la durabilité,
22 de la... du « sustainability » et caetera, et
23 caetera.

24 Je pense, on n'exploite pas suffisamment ce
25 genre de ressort psychologique lorsqu'on pense au

1 système d'incitatifs que nous mettons en place dans
2 des institutions comme celle-là.

3 Q. **[45]** Et donc, je... je réalise que ce que vous
4 proposez peut très bien s'appliquer au service
5 public lui-même, mais aussi aux institutions, aux
6 organismes, aux entreprises privées c'est-à-dire
7 que...

8 R. Ah! Tout à... Oui, oui.

9 Q. **[46]** Et peut-être aussi sur la question - si on
10 s'en tient à la question du service public -
11 j'imagine que les recommandations qui visent à
12 revaloriser la fonction publique, à lui accorder un
13 statut ou à reconnaître, en fait, l'importance
14 des... du rôle que jouent les fonctionnaires
15 pourraient... ce serait un... en fait, ce serait
16 dans la famille de ces incitatifs-là dont...

17 R. Absolument. Tout à fait.

18 Q. **[47]** Oui.

19 R. Tout à fait. Je crois que nous avons, dans une
20 certaine mesure, pour toutes sortes de raisons qui
21 ont peut-être trait à la politisation de la
22 fonction publique dont le juge Gomery nous a déjà
23 fait état dans son rapport, je dirais que le...
24 l'honneur, en quelque sorte, si je peux utiliser un
25 terme extrêmement lié à l'exercice d'une fonction

1 publique est... est important.

2 Mais, je vais dire autre chose également.
3 Quand on parle de l'octroi de contrats, donc ce
4 sont des firmes privées qui vont donc se faire
5 compétition pour obtenir un contrat. Je dirais que,
6 au moins de deux manières, de ce fait, elles
7 deviennent en quelque sorte des institutions qui ne
8 sont pas publiques selon la stricte lettre de la
9 loi, mais qui ont quand même des dimensions
10 publiques.

11 Premièrement, il me semble que toutes les
12 corporations sont, en un sens, publiques du fait
13 qu'elles sont constituées par des lois qui leur
14 confèrent certaines prérogatives, qui leur
15 confèrent certains droits, qui leur confèrent le
16 droit, entre autres, de se faire de l'argent. Donc,
17 ce sont... c'est en vertu d'un... d'un ensemble de
18 lois publiques que ces corporations peuvent
19 fonctionner...

20 Q. **[48]** Hum, hum.

21 R. ... et que des gens peuvent, entre autres,
22 s'enrichir.

23 Q. **[49]** Hum, hum.

24 R. Et donc, il me semble que, dès le départ, il y a
25 une dimension publique aux corporations qui est

1 doublée lorsque ces corporations font affaire avec
2 la cité. Lorsqu'elles remplissent des... des
3 commandes qui leur sont... qui leur sont faites
4 par... par l'État...

5 Q. **[50]** Hum, hum.

6 R. ... il me semble qu'elles deviennent, d'une autre
7 manière, publiques. Et donc il me semble que, bon,
8 c'est quelque chose qui est de l'ordre - quand on
9 regarde le domaine de l'éthique des affaires - il y
10 a une trivialisation de l'idée de la bonne
11 citoyenneté corporative. Ça devient quelque chose
12 d'un peu... on parle de « greenwashing » ou de
13 « ethicwashing ». Chaque corporation a, à chaque
14 année, en plus de son bilan financier, son bilan
15 de...

16 Q. **[51]** Environnemental.

17 R. ... de bon citoyen éthique. Souvent c'est
18 extrêmement superficiel, c'est extrêmement trivial,
19 c'est du marketing. Mais, le fait qu'on sente le
20 besoin de le faire me semble identifier un levier,
21 hein, sur lequel on peut agir peut-être... peut-
22 être davantage pour que...

23 Q. **[52]** Hum, hum.

24 R. ... l'honneur est lié à la fonction publique
25 effectivement. Mais, le fait que les corporations

1 peuvent également être des bons citoyens publics...

2 Q. **[53]** Hum, hum.

3 R. ... voir leur réputation grandir du fait d'être
4 vues comme étant des bons citoyens publics et peut-
5 être, pourquoi pas, voir leur part de marchés
6 augmentée...

7 Q. **[54]** Augmentée.

8 R. ... du fait d'être perçues comme étant des bons
9 citoyens corporatifs, donc dignes de confiance...

10 Q. **[55]** Hum, hum.

11 R. ... me semble être également un levier sur lequel
12 nous devons jouer. Donc, je dirais que les deux...
13 les deux partenaires dans...

14 Q. **[56]** Dans le contrat.

15 R. ... dans le contrat, il y a des leviers disons
16 d'ordre... de l'ordre de la réputation, de l'estime
17 qui me semblent être intéressants et sur lesquels
18 nous ne jouons probablement pas suffisamment dans
19 la manière que nous faisons nos institutions.

20 Q. **[57]** Votre réflexion sur l'idée que les entreprises
21 privées acquièrent, en fait... ou, en fait, ont
22 aussi un aspect public me fait penser à l'argument
23 inverse qui a peut-être été invoqué ou évoqué.

24 R. Oui.

25 Q. **[58]** C'est l'idée que, dans les dernières années,

1 c'est peut-être le service public qui s'est
2 privatisé, en fait, en faisant davantage affaire
3 avec des firmes, en délaissant l'expertise interne.
4 Et pensez-vous que cette... cette privatisation du
5 public a contribué à... peut-être à la... j'utilise
6 un gros mot, à la dégradation disons de... du sens
7 public ou du sens du service public?

8 R. J'ai moins réfléchi à la question de la
9 privatisation de la fonction publique qu'à la...

10 Q. **[59]** Publicisation.

11 R. ... qu'à la politisation disons, à la partisanerie
12 de la Fonction publique à laquelle, bon, encore une
13 fois, le juge Gomery nous a invités à réfléchir.
14 Donc, je... comme je n'ai... je n'ai jamais
15 vraiment réfléchi à cette question-là, je
16 reviendrais à ce que j'ai dit tout à l'heure, à
17 savoir qu'il y a certainement eu une sorte de
18 dégradation dans la vision citoyenne de
19 l'importance morale que remplissent les
20 fonctionnaires, essentielle, fonction morale que
21 remplissent les fonctionnaires dans une société
22 libre et démocratique...

23 Q. **[60]** Hum, hum.

24 R. ... et que ça peut être lié, donc à ces deux
25 facteurs. Celui que vous identifiez ou à laquelle

1 j'ai... auquel j'ai moins réfléchi, mais également
2 l'autre, disons l'érosion du mur de la
3 partisanerie...

4 Q. **[61]** Hum, hum.

5 R. ... auquel j'ai un peu plus réfléchi et qui me
6 semble effectivement contribuer à ce processus.

7 Q. **[62]** D'accord. Vous disiez aussi qu'il est
8 important d'aborder... Comme Commission, nous
9 devons aborder, en fait, la partie de l'éthique ou
10 la conception de l'éthique qui doit retenir notre
11 attention, c'est l'éthique institutionnelle et non
12 pas l'éthique individuelle. Et que les institutions
13 doivent être vues comme permettant l'atteinte de
14 certains objectifs. Bon.

15 Est-ce que... par quels moyens peut-on
16 déterminer quelles sont les valeurs que doivent
17 poursuivre ou doivent - j'allais dire valoriser
18 mais là, c'est une... - quelles sont les valeurs
19 que doit protéger ou promouvoir une institution
20 publique, ou viser, une institution publique?
21 Comment les établit-on, ces valeurs-là? Est-ce
22 qu'elles sont pas, a priori, quelque part
23 identifiables? Donc, est-ce que c'est par un énoncé
24 de mission? Est-ce que c'est un... ça détermine...
25 est-ce que c'est déterminé par les orientations

1 politiques du parti au pouvoir? Est-ce que...

2 Alors, comment établir la mission d'un
3 service public particulier, puisque cette mission-
4 là est fondamentale dans tout ce qui suit? Alors,
5 si on sait pas exactement quel objectif on vise,
6 quelles valeurs on doit prioriser, on a de la
7 difficulté à faire le restant. Donc, comment...

8 R. Oui. Il me semble que pour la plupart des grandes
9 institutions d'une société, d'une démocratie
10 moderne complexe, bon, pour le détail, c'est
11 toujours... il y a toujours du débat. Il y a des
12 éléments de... un parti ne verra pas...
13 n'interprétera pas ce que veut dire « justice » de
14 la même manière qu'un autre parti et donc il y aura
15 du jeu dans l'alternance politique normale.

16 Mais il me semble que pour les grandes
17 institutions de la société, c'est pas si compliqué
18 que ça. Bon, j'ai utilisé des exemples tout à
19 l'heure. Qu'est-ce qui justifie que l'État est...
20 Bon, c'est une erreur que de penser que le marché,
21 par exemple, est quelque chose qui... que le marché
22 est quelque chose qui existe lorsque l'État se
23 soustrait. Le marché est quelque chose qui est
24 entretenu par toutes sortes de lois, par toutes
25 sortes d'investissements, par toutes sortes

1 d'interventions étatiques. Pourquoi établit-on ces
2 institutions? Parce qu'on estime que, à quelque
3 part, les arguments des penseurs du dix-huitième
4 siècle sur la valeur du marché on toujours quelque
5 chose de vrai, à savoir que le consommateur aura...
6 disons, tirera bénéfice du fait que des gens se
7 fassent la compétition; ce sera le meilleur produit
8 au meilleur prix qui finira par émerger pour le
9 consommateur.

10 Bon, les institutions juridiques sont là
11 pour que la justice soit... pour qu'on... bon, le
12 droit criminel est là pour que les gens qui ont
13 commis des crimes soient punis et pour que les
14 personnes innocentes soient protégées. Il me semble
15 qu'une institution complexe qui lie des partenaires
16 privés, avec les bémols que j'ai mis sur la
17 dimension privée et l'État, est là pour que,
18 fondamentalement, les individus qui vivent dans une
19 société qui a besoin d'infrastructures puissent
20 collectivement se procurer à travers l'État qui est
21 leur véhicule, en quelque sorte, qui est leur
22 outil, puissent se procurer ces éléments
23 d'infrastructure à bon prix et de bonne qualité. Et
24 donc, il me semble que l'identification d'une
25 valeur, disons, qui sert de but à une institution

1 n'est pas...

2 Q. **[63]** Si compliquée.

3 R. ... n'est pas si compliquée à identifier. Ensuite,
4 de savoir comment mettre en place les cadres
5 institutionnels qui permettront à cette valeur
6 d'être efficacement visée, là, ça devient une
7 question complexe. Il y a beaucoup d'essais et
8 d'erreurs qui... il faut savoir apprendre de nos
9 erreurs. Il faut pas que nos institutions se
10 sclérosent de manière à ce que, une fois qu'on a
11 mis des mécanismes en place, on se dise qu'on a
12 terminé notre réflexion institutionnelle à tout
13 jamais. Mais il ne me semble pas que
14 l'identification... La question qu'on doit se poser
15 pour chacune de ces institutions, en quelque sorte,
16 réflexion un peu philosophique, pourquoi est-ce
17 qu'on les mettrait en place plutôt que de ne pas en
18 avoir? Quelles est la finalité qu'on pense que
19 l'organisation par l'État d'un certain service soit
20 justifiée? Et, il me semble que dans le cas qui
21 nous unit aujourd'hui, la réponse ne soit pas si
22 compliquée que ça.

23 Q. **[64]** Et j'imagine que c'est le genre de valeur
24 qu'il convient de rappeler ou, en fait, qui peut...
25 qui explique le fait qu'on ne fait pas des affaires

1 avec le gouvernement comme on fait des affaires
2 avec des partenaires privés, parce que ça a aussi
3 été un sujet de discussion dans plusieurs forums
4 qui s'intéressent aux travaux de la Commission.
5 Bon, les entrepreneurs font des affaires avec le
6 gouvernement comme ils en font avec leurs
7 partenaires privés. Si nous avons à faire des
8 recommandations sur la façon d'encadrer ces
9 rapports-là, ou sur la justification d'un
10 traitement différent entre les rapports des
11 contractants privés avec le public, et des
12 contractants privés entre eux, c'est entre autres
13 en raison des différences de valeurs qui sont
14 visées par les deux.

15 R. Oui, c'est-à-dire que, moi, je ferais peut-être
16 moins la différence que vous, en ce sens que
17 j'espérerais que les instances privées,
18 lorsqu'elles sont... lorsqu'elles font affaire les
19 unes avec les autres, se rendraient compte, ne
20 serait-ce qu'à cause des raisons que j'ai
21 identifiées tout à l'heure, les opportunités et les
22 prérogatives et les droits dont ils disposent à
23 faire des choses, à faire de l'argent, à pouvoir
24 conclure des contrats exactement et entre autres,
25 existent du fait d'une décision sociale, on n'est

1 pas dans l'état de nature lorsqu'on est entre
2 instances privées.

3 Et donc, il me semble que la différence
4 soit idéalement moins importante que celle-là, pas
5 au sens où il faille descendre la relation entre le
6 public et le privé au niveau un peu... on joue dans
7 les bandes, on joue « rough » dans les bandes, mais
8 plutôt qu'il faudrait élever, qu'il faudrait
9 trouver des moyens de rappeler, en quelque sorte,
10 aux corporations qu'elles sont des citoyennes,
11 qu'elles sont des créations institutionnelles
12 plutôt que d'être dans une sorte de... d'au-delà
13 des normes et d'au-delà des lois et d'au-delà des
14 finalités de... de biens publics. Évidemment, bon,
15 je pense qu'il y a quand même des différenciations,
16 mais je ne pense pas qu'elles doivent être
17 exagérées au sens où on pourrait tout se permettre
18 au niveau...

19 Q. **[65]** Au privé.

20 R. ... au niveau des relations entre firmes privées.

21 Q. **[66]** Je... vous disiez... vous venez tout juste de
22 dire qu'il faut éviter, évidemment, de s'asseoir
23 sur une réforme et de laisser aller les
24 institutions, donc il faut s'assurer qu'elles
25 fonctionnent.

1 R. Oui.

2 Q. **[67]** Je... je décrypte, dans... dans ce que vous
3 dites que si nous devions recommander des réformes
4 institutionnelles, nous devons ensuite assurer de
5 les évaluer au fur et à mesure...

6 R. Absolument.

7 Q. **[68]** ... que le... donc, mesurer l'effet des
8 réformes institutionnelles sur le comportement
9 des... est-ce que ce qu'on met en place est un
10 incitatif ou un désincitatif?

11 R. Oui.

12 Q. **[69]** Donc, ça ferait partie du...

13 R. Oui. L'analogie, avec un autre chapeau, j'ai
14 beaucoup travaillé sur le dossier de la
15 décriminalisation et la dépénalisation du suicide
16 médicalement assisté. Et une des choses qui est
17 présente dans la Loi 52, qui me semble être tout à
18 fait importante, et est présente dans tous les
19 autres pays, je pense, dans tous les autres pays,
20 certainement les Pays-Bas et la Belgique qui ont
21 pris le pas que le Québec vient de prendre est
22 qu'il existe, en vertu de la loi elle-même, une
23 commission qui est chargée, à toutes les années, de
24 recevoir un rapport dans lequel on voit, en quelque
25 sorte, qu'est-il advenu du fait de la

1 dépénalisation? Est-ce que nous avons eu une... une
2 augmentation très importante d'année en année des
3 demandes, par exemple, de suicide assisté? Parce
4 que nous avons des critères qui sont en place, qui
5 permettent à certaines personnes plutôt qu'à
6 d'autres d'en faire la demande et nous voulons
7 savoir si ces critères sont bien calibrés.

8 Donc, il me semble que la présence d'une
9 telle instance qui est chargée, de manière
10 régulière, de mesurer l'impact des différentes
11 dispositions, me semble tout à fait essentielle
12 pour qu'elle puisse faire des recommandations au
13 gouvernement de... les principes et les règles
14 qu'on trouvera seront une première tentative de
15 faire mieux que ce que nous avons maintenant. Elles
16 ne seront pas parfaites et nous devons nous doter
17 d'instances qui permettent, en quelque sorte, de
18 rétroagir pour faire les adaptations et les
19 changements, ne serait-ce que sur le plan
20 administratif qui s'imposent.

21 Q. **[70]** Une espèce de veille, donc, de...

22 R. Il faudrait que... je... je pense que c'est tout à
23 fait essentiel.

24 Q. **[71]** J'aurais peut-être une... est-ce que vous avez
25 des questions? J'aurais peut-être... Peut-être sur

1 une question un peu spécifique, vous me direz si
2 ça... si ça excède votre... votre expertise, mais
3 je suis... je serais intéressée d'avoir votre
4 opinion là-dessus. On a beaucoup évoqué la question
5 de l'éthique lorsqu'on a mis... lorsqu'on a entendu
6 des allégations de... d'échanges de cadeaux,
7 d'échanges de...

8 R. Oui.

9 Q. **[72]** ... de faveur et de... et c'est un peu dans ce
10 sens-là que je vous posais la question un peu plus
11 tôt de la différence qu'il doit y avoir entre...
12 dans les rapports entre le public et le privé et
13 les rapports entre les entreprises privées. Quel...
14 quel éclairage l'éthique doit-elle... peut-elle
15 nous donner sur la question de ces rapports
16 individuels dans le cadre de rapports qui, en fait,
17 sont entre une entreprise privée et le service
18 public? Comment doit-on aborder cette question-là?

19 R. Il faut probablement avoir une plus grande
20 vigilance lorsqu'on a affaire à des acteurs
21 publics. Je peux... je peux comprendre que bon, il
22 est important qu'un acteur qui a un rôle important
23 dans l'octroi de... de contrats, puisse être perçu
24 comme étant absolument...

25 Q. **[73]** Incorruptible?

1 R. Incorruptible. Cela dit, il y a... donner un
2 exemple, une anecdote, plusieurs années, quelqu'un
3 a contacté des médias. Il y avait eu un mini
4 scandale à propos... alors je sais plus exactement
5 de qui il s'agissait, de quelqu'un qui avait été au
6 Nouveau-Brunswick pour... pour parler de... de...
7 je sais plus exactement de quoi il s'agissait et
8 qu'il avait passé une nuit sur un bateau qui
9 appartenait à la famille Irving. Et qui avait dit,
10 en revenant, pour se défendre « Bien, vous pouvez
11 pas faire affaire au Nouveau-Brunswick sans faire
12 affaire avec la famille Irving, sans... » parce
13 que...

14 Q. [74] Ils possèdent tout.

15 R. ... la province leur appartient à peu près au
16 complet et, donc, il y a certaines, bon, ne serait-
17 ce que... Il ne faut pas oublier que les rapports
18 commerciaux sont des rapports humains et que les
19 rapports humains de tous les temps se sont, ont été
20 facilités par certains gestes qui sont des gestes
21 par lesquels on signale à l'autre une certaine
22 volonté d'interagir, une certaine, au-delà de la
23 formalité, une certaine amitié, que les rapports
24 humains sont des choses qui se façonnent, qui se
25 travaillent, que ce soit les simples rapports

1 administratifs. Je crois qu'il y a une question de
2 jugement irréductible.

3 Est-ce qu'on peut façonner des règles?
4 Moins de cinquante dollars (50 \$)? Probablement
5 qu'il faut le faire à un moment donné mais je crois
6 qu'il y a dans l'application de tout ensemble de
7 règles, un élément de jugement qui ne doit jamais
8 être complètement perdu. Est-ce qu'un geste est un
9 geste de corruption au sens où il corrompt
10 l'institution? Il me semble qu'on n'a pas parlé
11 beaucoup de corruption en tant que telle mais il me
12 semble que c'est quelque chose d'absolument
13 fondamental que de faire la différence entre la
14 corruption, entre des gestes qui corrompent
15 l'institution et des gestes qui permettent, en
16 quelque sorte, à l'institution de continuer à
17 travailler et, donc, il me semble que dans
18 l'application de ce genre de règles, il faut un
19 élément de jugement irréductible quant à la
20 question de savoir si on a affaire à des gestes qui
21 outrepassent des limites parce qu'ils rendent
22 l'institution incapable de remplir sa fonction...

23 Q. [75] (inaudible)

24 R. ... et, donc, corrompte.

25 Q. [76] Donc, la corruption pourrait-elle, dans ce

1 cas-là, pourrait-on dire que les rapports
2 deviennent problématiques lorsque la personne, par
3 exemple, la personne du service public qui reçoit
4 un avantage, est-ce que la ligne à tracer c'est là
5 où cette personne devient incapable d'exercer un
6 jugement indépendant ou en faveur des intérêts de
7 l'organisme public?

8 R. Absolument.

9 Q. [77] Et donc, c'est pas simplement, ça serait pas
10 une apparence de conflit d'intérêts à ce moment-
11 là...

12 R. Oui.

13 Q. [78] ... la...

14 R. Alors, il y a deux dimensions et je pense qu'un des
15 défis de la Commission sera de voir un peu où on en
16 est au Québec. Je pense que le manque de confiance
17 de la population est tel que dans l'état dans
18 lequel nous nous trouvons, il va falloir que
19 l'apparence soit aussi importante que la réalité.
20 Est-ce qu'une personne est capable de toujours
21 exercer un jugement indépendant alors qu'elle a
22 certains types de rapports? C'est une question
23 substantielle, c'est une question de fond. Est-ce
24 que le public a confiance en sa capacité d'exercer
25 son jugement de manière indépendante étant donné

1 certains types de relations? C'est une question
2 séparée.

3 Q. [79] Oui.

4 R. Et je crois qu'il y a un besoin absolument
5 impérieux au Québec actuellement - je pense que le
6 Québec n'est pas seul, par ailleurs, à avoir ce
7 besoin, de rétablir la confiance du citoyen dans le
8 fonctionnement de ses institutions publiques et,
9 dans le cas qui nous intéresse, dans la manière par
10 laquelle les contrats sont octroyés pour les grands
11 travaux publics. Et il est probablement nécessaire,
12 donc que, vous savez, une institution doit toujours
13 décider si elle va privilégier les faux négatifs ou
14 les faux positifs.

15 Plus punir des comportements que ce qui est
16 véritablement nécessaire ou aller chercher plus de
17 comportements que ce qui est véritablement
18 nécessaire pour que l'institution fonctionne ou
19 errer du côté, en quelque sorte, d'une plus grande
20 permissivité; je crois que nous en sommes à un
21 point dans l'histoire du Québec où il faut
22 probablement errer si nous devons errer quelque
23 part dans le sens de trop de faux négatifs parce
24 que la confiance citoyenne est probablement à un
25 niveau qui est à la limite du viable pour une

1 société.

2 Bon, est-ce que c'est entièrement
3 justifiable? Est-ce que c'est en partie... Je pense
4 que dans le cas qui nous intéresse aujourd'hui ça
5 l'est probablement, le manque de confiance est
6 probablement justifiable, et donc il va falloir
7 tenir compte de cela également.

8 Il faut que les, il est très important que
9 les citoyens adhèrent aux institutions, qu'ils
10 fassent confiance aux institutions et ce lien de
11 confiance me semble être une finalité différente de
12 celle des autres à laquelle il va falloir réfléchir
13 au Québec dans toutes sortes de cadres
14 institutionnels mais dans celui-ci en particulier.

15 Q. **[80]** Avez-vous des questions à ajouter? Oui,
16 Monsieur le Commissaire.

17 (10:47:04)

18 M. RENAUD LACHANCE, commissaire :

19 Q. **[81]** Une dernière question. Écoutez, vous avez
20 répondu à des questions que la Commission vous a
21 fait parvenir probablement dans le cadre d'un
22 atelier de travail.

23 R. Oui.

24 Q. **[82]** J'ai lu les réponses que vous avez données et
25 vous parlez des commissions d'enquête et vous

1 dîtes, dans le fond, une commission d'enquête, un
2 danger d'une commission d'enquête c'est de faire
3 des recommandations qui sont pas applicables ou
4 difficilement applicables, c'est une des choses que
5 vous dites.

6 R. Oui.

7 Q. **[83]** Et vous dites qu'il y a un autre type de
8 commission d'enquête qui a été créé dans un
9 contexte de crise « Compte tenu du climat social,
10 peut être amenée à faire des recommandations qui
11 sont contre-productives ou axées sur tolérance
12 zéro ». Avez-vous des conseils à nous donner pour
13 éviter qu'on tombe dans ces deux pièges-là?

14 R. Oui. Bien, en partie je dirais que, une des
15 réponses à la question tient du relais qui sera
16 donné ou qui ne sera pas donné par le politique aux
17 recommandations que vous ferez, et ça c'est des
18 choses que vous ne contrôlez pas. Ça dépend de
19 toutes sortes de facteurs qui échappent... qui vous
20 échappent. Je reprendrais ce que j'ai dit, disons,
21 là je parlais de manière un peu générale et
22 abstraite dans les réponses que j'ai données aux
23 questions.

24 La tolérance zéro, évidemment, est
25 effectivement un piège dans toutes sortes de

1 domaines. Elle nous amène à mettre en place, on
2 parlait tout à l'heure de... bon, on en parle
3 aujourd'hui dans le contexte du terrorisme, on en
4 parle dans le contexte de l'Ebola, est-ce que nous
5 pouvons entièrement nous immuniser? Et quels sont
6 les mécanismes que nous devons mettre en place pour
7 entièrement nous immuniser? Ce sont des mécanismes
8 qui sont très différents de ceux que nous devons
9 mettre en place pour nous immuniser adéquatement.

10 Et le piège de la tolérance zéro est de
11 mettre en place des institutions qui sont contre-
12 productives, qui créent leur propre lourdeur, leur
13 propres coûts excessifs, ne pas faire la différence
14 suffisante entre des comportements qui sont
15 triviaux et des comportements qui sont vraiment
16 délétères au fonctionnement correct d'une
17 institution.

18 La question, et je reviens à quelque chose
19 que j'ai dit tout à l'heure, le climat social par
20 rapport à ce dossier est tel que je me demande si
21 nous ne devons pas passer par une phase de
22 tolérance zéro, par une phase, une sorte
23 d'apparence de... refus de tout ce qui pourrait
24 sembler de l'ordre de la corruption, pour établir
25 le climat social.

1 Peut-être que dans une génération nous en
2 reviendrons à une sorte de... le balancier
3 reviendra à un équilibre qui fera de sorte que nous
4 pourrons faire la part des choses, mais je me pose
5 la question de savoir si nous sommes dans un
6 contexte qui permette autre chose qu'une apparence
7 de tolérance zéro, pour toutes sortes de raisons,
8 pour établir la confiance chez les citoyens, mais
9 également, et on parlait tout à l'heure de, bon, je
10 crois qu'il faut recréer une culture, une culture
11 au-delà des formations qu'on pourrait donner aux
12 gens, au-delà des règles d'éthique qu'on pourrait
13 mettre en place par des codes, et caetera.

14 Je crois qu'il faut recréer une culture
15 parmi les principaux acteurs dans ce domaine. Et il
16 est possible que pour créer cette culture, il
17 faille envoyer un signal qui est absolument
18 unilatéral et disons simple, en quelque sorte. La
19 nuance, le raffinement, le fait de faire le
20 jugement plus fin entre différents types de
21 comportements qu'il faut véritablement distinguer,
22 viendra peut-être à une autre époque. Mais j'allais
23 dire que nous avons besoin d'une révolution
24 culturelle, et je me rends compte que c'est une...

25

1 Me GENEVIÈVE CARTIER :

2 Q. **[84]** C'est lourd de sens?

3 R. Oui, c'est lourd de sens, ça a des consonances
4 historiques, donc je retire. Mais il nous faut
5 quelque chose de l'ordre d'une réinvention de la
6 culture institutionnelle dans ce domaine-là. Et il
7 est possible qu'on n'ait pas d'autre choix.

8 Mais encore, je reviens sur l'idée que les
9 réformes que nous mettrons en place aujourd'hui ne
10 sont pas là pour toujours. Il me semble que c'est
11 une erreur que de... dans tous les domaines, que de
12 penser que, une fois que nous avons assis des lois
13 et des principes, on peut les laisser aller. Il me
14 semble qu'il faut toujours y avoir de la
15 rétroaction pour réviser régulièrement nos schémas
16 régulateurs.

17 Et peut-être que nous arriverons, une fois
18 que la culture de confiance avec les citoyens, mais
19 également la culture interne aux institutions
20 publiques et aux institutions, aux firmes privées
21 aura été un peu refaite, nous allons pouvoir peut-
22 être avoir des outils plus fins, nous donnant plus
23 de doigté. Il est possible que nous n'en soyons pas
24 à cette étape dans l'histoire actuelle de notre
25 société.

1 (10:51:35)

2 LA PRÉSIDENTE :

3 Q. **[85]** Si vous me permettez, alors, je comprends que
4 lorsque vous parlez de tolérance zéro, c'est qu'on
5 doit se demander, et d'une façon très pratique, la
6 fameuse bouteille de vin qui est donnée...

7 R. Oui.

8 Q. **[86]** Alors, pourquoi une personne recevrait une
9 bouteille de vin et pas son collègue?

10 R. Oui.

11 Q. **[87]** Pourquoi la personne donnerait une bouteille
12 de vin et pas l'autre, l'autre fournisseur ou
13 l'autre entreprise ne donne pas de bouteille de
14 vin? De telle sorte que ne croyez-vous pas que ça
15 crée une inégalité, même avec des choses banales?

16 R. Ça peut tout à fait créer des inégalités, mais ce
17 sont...

18 Q. **[88]** Des inégalités dans le sens, ou des
19 préférences ou des... ou un préj... parce qu'on
20 posait tantôt la question, jusqu'où aller? Jusqu'où
21 est-ce que ça ne détermine pas qu'il y a une
22 influence? Mais est-ce que même dans les plus
23 petits gestes il n'y a pas un danger, d'où la
24 tolérance zéro et surtout l'apparence aussi?

25 R. Au niveau de l'apparence, encore une fois, je crois

1 que vous avez... vous avez parfaitement... vous
2 avez parfaitement raison. Je vais donner un
3 exemple tiré de ma propre expérience.

4 Je suis prof depuis une vingtaine d'années
5 dans deux institutions qui reçoivent des étudiants
6 qui viennent de partout au monde, hein! Et très
7 souvent je me fais offrir des cadeaux, hein, par
8 des étudiants parce que cela correspond... c'est
9 une manière de signifier le respect, une manière de
10 signifier la gratitude. Et dans ces cas-là, je dois
11 leur dire « écoutez, au moment où nous n'aurons
12 absolument plus aucun lien institutionnel l'un avec
13 l'autre, bon, j'accepterais » encore une fois, dans
14 certaines limites, on s'entend.

15 Mais, il est préférable, plutôt que disons
16 de porter un jugement sur le caractère approprié ou
17 non, étant donné la culture de l'étudiant, et
18 caetera, et caetera, de dire « écoutez, là, on va
19 faire un blanket rule. » Bon. Pour toutes sortes de
20 raisons, les étudiants eux-mêmes sont... vont...
21 même si, moi, je crois que je suis capable de faire
22 la part des choses, je préfère, ne serait-ce que
23 pour maintenir la confiance des étudiants, de dire
24 « absolument... absolument pas. »

25 Je crois que le commerce humain au sens

1 large a toujours été facilité par des marques
2 anodines et triviales de courtoisie qui ne sont pas
3 incompatibles avec le maintien par les individus
4 d'une capacité de jugement objectif en gardant le
5 bien public à l'esprit.

6 C'est une chose de donner une bouteille de
7 vin à quelqu'un parce qu'on veut tirer la couverture
8 de son côté, faire de sorte qu'il soit plus
9 probable que la personne octroie un contrat à notre
10 firme et disons une marque de simple... de
11 simple... un geste de... de...

12 Q. **[89]** Oui, mais est-ce que la marque de... Et je
13 comprends, là, c'est trivial comme exemple.

14 R. Oui.

15 Q. **[90]** Mais, est-ce que la marque de sympathie ou la
16 marque de politesse ne rend pas justement plus
17 sympathique cette personne-là que l'autre? Est-ce
18 qu'il n'y a pas un risque?

19 R. Il y a... il y a certainement... il y a
20 certainement un risque. Et encore une fois, je
21 dirais que là où nous en sommes dans le niveau de
22 confiance dont les citoyens disposent par rapport à
23 leurs institutions publiques de manière générale et
24 à la manière par laquelle les... les contrats sont
25 octroyés dans... pour des... pour des grands

1 travaux publics, je pense que nous n'avons pas
2 d'autre choix que de dire que la tolérance sera
3 zéro.

4 Il faut faire attention à ce que ça
5 implique, par ailleurs, en termes de mode de mise
6 en vigueur. Aurons-nous véritablement les outils de
7 vérification pour faire de sorte que cela ne se...
8 Parce qu'il y a... il faut se poser la question :
9 est-ce qu'il est pire de tolérer des choses ou de
10 ne pas les tolérer, mais de ne pas pouvoir mettre
11 en place les méthodes « enforcement » qui nous
12 permettront de... Je ne suis pas sûr de la réponse
13 à la question, mais je pense qu'il faut toujours
14 tenir compte - et vous m'excuserez si ce sont des
15 termes anglais qui me viennent parfois à l'esprit -
16 il faut toujours tenir compte du « carrying
17 capacity » de nos institutions de vérification.

18 Est-ce que nous allons pouvoir être à la
19 hauteur en termes de vérification, en termes de...
20 non seulement dénonciation de règles, mais
21 également de contrôles efficaces de ces règles,
22 d'aller jusqu'à... d'aller jusqu'à la tolérance
23 zéro? Je pense que nous n'avons pas le choix que
24 d'essayer, mais il faut que nous tenions compte de
25 la limite des comportements et des mécanismes

1 institutionnels que nous allons devoir mettre en
2 place afin d'y parvenir.

3 Me GENEVIÈVE CARTIER :

4 Q. **[91]** Ça répond à... Alors, merci énormément,
5 Professeur Weinstock...

6 R. Merci.

7 Q. **[92]** ... de vos lumières. Je sais que vous êtes
8 fort occupé, alors nous apprécions d'autant plus le
9 temps que vous nous avez consacré.

10 R. Un grand plaisir.

11 Q. **[93]** Avec un grand plaisir.

12 R. Merci beaucoup. Bonne chance dans...

13 LA PRÉSIDENTE :

14 Q. **[94]** Merci.

15 R. ... dans vos travaux.

16 Me GENEVIÈVE CARTIER :

17 Merci.

18 ET LE TÉMOIN NE DIT RIEN DE PLUS

19

20

1 (11:23:51)

2 THE CLERK:

3 Good morning Professor Arthurs. Would you please
4 stand up to be sworn in?

5 Me GENEVIÈVE CARTIER :

6 Please stand up.

7 THE CLERK:

8 Sir, would you please stand up to be sworn in?

9 Me GENEVIÈVE CARTIER :

10 Would you please stand up to be sworn in?

11 Mr. HARRY WILLIAM ARTHURS:

12 I'm sorry.

13 _____

14

15 IN THE YEAR TWO THOUSAND FOURTEEN (2014), this
16 twenty-ninth (29th) day of October,

17

18 APPEARED:

19

20 HARRY WILLIAM ARTHURS, retired professor of law

21

22 WHOM, having made a solemn declaration, doth depose
23 and say as follows:

24

25

1 Me GENEVIÈVE CARTIER :

2 Thank you very much. Welcome Professor Arthurs.

3 Donc, la question de l'infiltration de l'industrie
4 de la construction par le crime organisé est au
5 coeur de notre mandat. Il est donc important de
6 comprendre la structure de l'industrie de la
7 construction, ce qui signifie, entre autres, de
8 comprendre la façon dont les relations de travail
9 dans cette industrie sont structurées.

10 Donc, pour nous entretenir de cette
11 question, nous avons le plaisir de recevoir le
12 professeur émérite Harry Arthurs. Je le laisserai
13 vous présenter son profil mais je dirais d'emblée
14 que nous l'avons invité pour deux raisons : il a eu
15 une carrière universitaire remarquable mais il a
16 aussi été, et il est encore, un universitaire
17 engagé qui a conseillé les pouvoirs publics à plus
18 d'une occasion, donc il saura certainement nous
19 éclairer sur les questions de fond et sur notre
20 rôle comme commissaire et commission d'enquête.
21 Alors, Professor Arthurs, again, welcome to the
22 Commission.

23 A. Thank you.

24 Q. [95] So, I understand that you have chaired several
25 recent commissions for the federal and provincial

1 governments. Could you please briefly describe
2 those commissions?

3 A. Certainly. I first chaired a commission for the
4 federal government on labour standard legislation
5 and, then, I chaired two commissions for the
6 Ontario government - one was on the workplace
7 pension system and the other was on insurance for
8 workers injured in accidents at work. I've also
9 chaired several commissions into university
10 administration including, I'm sorry to say, a
11 commission at Concordia University following the
12 shootings in nineteen ninety-two (1992). So I've
13 had a fair amount of experience chairing
14 commissions, some of which have had a forensic side
15 and some have had only policy questions.

16 Q. [96] And your special field is labour law and
17 industrial relations, right?

18 A. Yes.

19 Q. [97] Yes?

20 A. That's right. But, if I may, I would just add that
21 I've also had the pleasure of being a university
22 president and, in that capacity, I've developed a
23 little bit of expertise in public administration
24 and corporate governance and, as it happens, my
25 experience as president, as "recteur", included

1 seven years of very close engagement with major
2 public sector construction contracts. During my
3 time, I presided over, in today's dollars, almost
4 half a billion dollars worth of public
5 construction.

6 Q. [98] So, have you any special knowledge of the
7 industrial relations structures in Quebec?

8 A. No, I have worked over the years with many academic
9 colleagues in Quebec. I know something about the
10 Quebec system but I'm certainly not an expert in
11 Quebec but, all that said, I think what might be
12 helpful to the Commission today, I hope it's
13 helpful, is if I offer you some insights into
14 construction industry labour relations in general
15 because, as I'll explain, I think many of the
16 problems that the Commission is encountering with
17 regard particularly to the, to union relations in
18 the construction industry are not unique to Quebec.
19 I don't know if that's good news or bad news but
20 they are not unique to Quebec.

21 Q. [99] It's both good and bad news I think, so thank
22 you very much. So you prepared a...

23 A. Yes.

24 Q. [100] ... something for us so we'll listen to you
25 and then there's a period of questions so...

1 A. Thanks.

2 Q. [101] ... it's over to you.

3

4 PRESENTATION

5

6 A. So, of course, I've followed newspaper accounts of
7 the Commission's hearings. I've read the academic
8 and public literature on previous investigations
9 into the construction... into construction labour
10 relations. And I have some familiarity with
11 construction industrial relations in other
12 jurisdictions.

13 And based on all of that, there appear to
14 be four recurring themes, four serious problems
15 relating to industrial relations that are relevant
16 to your mandate.

17 The first of these is that union pension
18 funds and benefit funds may conceivably be used to
19 finance projects in which either organized crime
20 has an interest or there is some irregularity in
21 connection with bid-rigging or some other improper
22 activity. And unions are stakeholders, unions are
23 investors through these funds in such projects.
24 That's the first problem.

25 The second problem, unions can be used,

1 have been used in some jurisdictions to enforce
2 bid-rigging. The union disciplines the firms which
3 refuse to participate in the industry scheme, in
4 the industry conspiracy. Union discipline, as I
5 call it, may take the form of denying firms that
6 won't cooperate in the bid-rigging, denying them
7 access to union hiring halls or calling strikes to
8 prevent them from completing projects on time, as
9 I'm sure you know a delay in the project is usually
10 very costly for the contractors who doesn't comply
11 with the schedule.

12 Third problem. Union officials may become
13 too intimately involved with employers. And if they
14 do that, they may become indebted or excessively
15 sympathetic to particular employers that they're
16 closely involved with. In plain language, it's a
17 conflict of interest, given that their obligation
18 to their members is to bargain vigorously, to
19 bargain in good faith to secure maximum advantage
20 for the people that they represent, and not to give
21 maximum comfort to the other party on the other
22 side of the table.

23 It's certainly not unknown as well for
24 union officials to associate with criminal
25 elements, biker gangs I know of being a particular

1 object of your investigation. Union officials
2 associating with these criminal elements, not only
3 to the prejudice of the public bidding process, but
4 to the prejudice of democratic and transparent
5 governance within the union movement. And there is
6 a serious risk that in such situations, union might
7 call on criminal elements, not only to enforce bid-
8 rigging and other conspiratorial action with
9 contractors, but to suppress dissidents within the
10 union, who would prefer that the union adopt a
11 different stance.

12 Having said all of that, and everything
13 I've said has become a manifest in various
14 jurisdictions across North America. Having said
15 that, most unions including, I emphasize, Québec's
16 construction unions try to protect the rights and
17 interests of their members by lawful means.
18 Despite, as I say, the fact that across the United
19 States, across Canada, there have been many
20 examples of the four kinds of concerns that have
21 already surfaced here at your commission.

22 So, I take it as given, I can't imagine any
23 argument against the position, the people involved
24 in any of those four activities can be and should
25 be prosecuted under existing law, and if existing

1 law is somehow inadequate, that law should be
2 amended to provide appropriate sanctions for this
3 kind of behaviour. No argument.

4 However, there is a question, and the
5 question is, given that there is a great deal of
6 criminal law which would have previously allowed
7 these people to be prosecuted, most of them haven't
8 been, would be in a serious shortfall, not just in
9 Québec, but in many places, in the enforcement of
10 the criminal law. And we have to ask ourselves why,
11 that's not what I'm here for this afternoon, but we
12 have to ask ourselves why has there not been more
13 vigorous enforcement?

14 There are numbers of reasons, obviously.
15 Enforcement, even of the criminal law against clear
16 offenses by Union official, even that is likely to
17 awaken a negative reaction from Union members and
18 through them, perhaps, negative political
19 consequences. Understandable, but sometimes
20 governments have to do things that engender
21 negative consequences.

22 I think more... a better explanation of the
23 failure of the criminal law and of the
24 prosecutorial process is the difficulty of finding
25 evidence of the wrongdoing of the type that I've

1 described in my introduction. The absence of
2 evidence is the biggest obstacle to a successful
3 use of the criminal law. And it seems to me that
4 encouraging people to come forward with evidence,
5 people who are on the inside of these discussions,
6 has to be an important part of the response to the
7 question "Why hasn't prosecution been more frequent
8 and more successful in suppressing these negative
9 activities?" But that's not why I'm here. It's
10 just, if you would, a gratuitous suggestion to you.

11 I'm here instead to focus on the structural
12 features that help to explain why these practices
13 have emerged in the construction industry. And, if
14 I may, Commissioners, I would just like to describe
15 some of the features of the industry that create
16 conditions which are conducive to criminal and
17 undesirable practices.

18 So, let me begin this way: the construction
19 industry presents a pattern of employment relations
20 that differ from those in most other industries and
21 most other sectors; workers are hired for an
22 indefinite, but a lengthy, period of employment.
23 But in construction, the opposite is true. The
24 workforce on any given project fluctuates
25 frequently as specialty contractors come and go

1 depending on the stage of the construction. So,
2 initially, people will be excavating, people who
3 belong to the Union that operates... have the
4 equipment to excavate and pour the... pour the
5 foundation and so on. Later in the process, there
6 may be iron workers putting up the iron frame of
7 the building. Later on, there may be electricians
8 or painters finishing the job. And as each of these
9 aspects of the work is done, the contractor who's
10 responsible for that aspect leaves the project, and
11 with that contractor go the workers who were doing
12 that particular kind of work.

13 The result of that is that the duration
14 of... And, by the way, when a worker leaves the
15 project, it doesn't mean that the worker is
16 retained in employment by the electrical contractor
17 or the iron contractor, or whatever. Quite
18 frequently, the worker becomes available for
19 employment elsewhere, goes back to Union hall. And
20 the Union hall operates as an employment agency, so
21 that the next time that contractor needs a skilled
22 electrician, they call up the Union hall and the
23 Union sends somebody onto the job. So, workers are
24 constantly back on the labour market, unlike
25 workers for example who would work in an automobile

1 factory or any other kind of manufacturing, or an
2 insurance company, whatever... These workers are
3 constantly losing particular employment connections
4 but remain involved in the sector of the industry,
5 the permanent features of the construction
6 industry, are permanently associated with it but
7 not necessarily with any given employer.

8 So, the laws that we've constructed to
9 regulate labour relations in the construction
10 industry, and employment relations more generally,
11 those laws are premised on the normal structure of
12 employment, employment of long duration. Workers
13 are on the job long enough to get to know each
14 other, to trust each other, to identify grassroots
15 leadership within the workforce to consider and
16 discuss the advantages of collective bargaining to
17 join the Union, to await the outcome of a lengthy
18 process during which the Union acquires bargaining
19 rights and negotiates a collective agreement.
20 They're long enough... there long enough to seek
21 redress it if there are violations of the
22 agreement, and to participate in the normally
23 democratic internal government's process of the
24 union. All of those things are premised on the
25 longevity of their association in the workplace.

1 By contrast, the transitory nature of
2 construction employment precludes similar lengthy
3 proceedings, and thereby alters the nature of the
4 workers relationship with both their employer and
5 their union. In the construction industry, labour
6 relations have therefore acquired a number of
7 special features which certainly aren't intended to
8 promote corruption, but nonetheless contribute to
9 it, create an atmosphere in which corruption
10 becomes possible.

11 Construction unions, as I said earlier, try
12 to maintain their bargaining strength by
13 controlling access to the labour market through the
14 union hiring hall, which relieves him of the
15 impossible task of organizing a union each time a
16 new project is begun, because it's impossible,
17 because that project will be over in a few weeks or
18 a few months. So, they couldn't possibly organize
19 the work force on a project basis, except under
20 extraordinary circumstances of... I don't know,
21 building the James Bay hydro project or something
22 like that. But normally, even in a fairly large
23 office building, the duration of employment is
24 clearly too short to have recourse to normal
25 procedures.

1 So, the union tries to control the labour
2 market through the hiring hall, which gives him a
3 monopoly. If you want to enter the labour market,
4 this is the gate through which you must pass. And
5 that's the union's pressure point, that's the point
6 at which the union is able to develop bargaining
7 strength to confront the employer, but also, also
8 control over workers entering the labour market.

9 The hiring hall, in Québec particularly,
10 has been sanctioned by law as the control point
11 through which you enter the labour market, because
12 under Québec law, construction firms, as I'm sure
13 you know, can hire only accredited workers. That
14 particular scheme, to be accredited, of course, you
15 must be a union member, that particular scheme, by
16 the way, has come to the attention of the Supreme
17 Court of Canada, and has been at least
18 inferentially approved insofar as the Court said,
19 it doesn't violate freedom of association to
20 construct the labour market in this fashion.

21 Now, obviously, if they could, employers
22 would like to avoid the hiring hall, to break the
23 unions labour market monopoly. So, in order to
24 avoid doing that, the union negotiates terms and
25 conditions of employment, not with individual firms

1 who could agree or disagree to what the union
2 proposes, but the union negotiates typically with
3 employers associations, and agrees on terms and
4 conditions of employment, which extend across an
5 entire sector of the construction industry.

6 So, the firms have no incentive, because
7 they're bound by these terms to introduce less
8 favourable employment conditions in their
9 particular firm. As I say, they would do that if
10 they were not bound by sectoral terms negotiated
11 with the employers association. And as well, these
12 negotiations between the union and the employers
13 association create pension and benefit funds, which
14 extend across the whole industry.

15 So, instead of a worker simply receiving
16 pension contributions for six weeks or six months
17 work on a project in one pension fund, and then
18 going into another project and accumulating another
19 small amount of benefit, every time that worker
20 works in the industry, the money goes into the same
21 fund, the same benefit fund, the same pension fund.
22 So, these funds become very large. And not only in
23 Québec, but in many jurisdictions, are controlled
24 wholly or in part by the union, rather than by the
25 employer's association, which is quite different

1 from the normal pension fund in other employment
2 settings.

3 There's a third feature I'd like to stress,
4 of construction industry labour relations. Most
5 unions are organized from the bottom up. That is to
6 say, the union presents itself to workers in a
7 workplace, persuades them to join the union.
8 Typically, they form a local... which might be that
9 place of employment only or several places of
10 employment, but they have their own local
11 organization, which in most cases, the great
12 majority of cases, is democratically governed in
13 the union. Because the union controls the point of
14 entry into the labour... in construction, because
15 the union controls the point of entry into the
16 labour market, organization takes place from the
17 top down. You arrive in the labour market only if
18 the union opens the gate and says, "Yes, you may
19 enter." And that's a big difference which is...
20 which helps to create undemocratic governance
21 because the workers haven't chosen, haven't
22 discussed, haven't created their own local
23 organization. It's not inevitable that it should be
24 undemocratic, but the conditions which make for
25 democratic governance in unions in other settings

1 don't exist in the construction industry.

2 And, finally, as I've mentioned, the
3 relatively short duration of any given employer on
4 any given project, and of any given worker on that
5 project, that relatively short term means that
6 normal procedures for grievances over the
7 administration of a collective agreement, for
8 example, can't operate. There have to be special
9 procedures designed to fit a situation of such
10 short duration.

11 So, to sum up, an unusually close
12 relationship exists between construction employers
13 and construction unions, and an unusual distance
14 separates construction unions from their members.
15 And, the same factors also make it very difficult
16 to pursue legal recourse through established
17 procedures and create temptations for extra-legal
18 recourse because time... the clock is ticking all
19 the time. And it's bad for employers if the union
20 stops workers... slows down... And the union's
21 alternative to pursue its grievances through
22 appropriate legal structures, those alternatives
23 are effectively closed off.

24 I want to stress that there is a
25 literature, both in Québec, in Canada more

1 generally, and across the continent describing what
2 I've said in greater detail. You may have seen the
3 World Commission report by Mr. Goldenberg, who is a
4 prominent labour lawyer in Montreal, and a book
5 that he and John Crispo wrote; both of those date
6 from the sixties (60's), and I'm absolutely sure
7 you're familiar with the report of the Cliche
8 Commission in the nineteen seventies (1970's). So,
9 what we've been hearing about construction industry
10 labour relations in Québec in the last ten (10) or
11 fifteen (15) years, it's not unusual, and I stress
12 again, there's similar documentation of similar
13 problems with unions in the construction industry
14 across North America.

15 In nineteen sixty-eight (1968), following
16 the Goldenberg Commission, Québec enacted
17 legislation, loi R-20, which reduced the instance
18 of conflict in the construction industry. And
19 there's hope to ensure that union members enjoy
20 reasonable levels of compensation and access to
21 jobs. And to the extent that I've described, its
22 outcome accurately, one can understand why the
23 present arrangements probably enjoy the support of
24 many employers and many workers. If you are
25 enhancing economic opportunities and reducing

1 conflict, of course, people are going to support
2 the system. But it's also possible that the same
3 regime that's... that brought about these positive
4 consequences has also helped to promote relations
5 between union employers that are so close that they
6 are unhealthy and have reinforced the dominance of
7 union officials in organisations where grassroots
8 democracy has always been difficult to establish.

9 I just want to introduce a parenthesis
10 here. Very similar conditions exist in other
11 industries, a few other industries. And if you
12 think about trucking, where the Teamsters union is
13 the dominant union, if you think about maritime
14 shipping where the seamen's international union was
15 the subject of an extensive royal commission
16 inquiry, if you think of those two, they share
17 many, many characteristics with the construction
18 industry.

19 Employment is typically regulated through
20 the union hiring haul, there's little opportunity
21 for grassroots democracy to develop through
22 continuing associations amongst the seamen or the
23 truck drivers because they're off on the road or
24 they're out on a voyage on the sea and both of
25 those industries generated comparable accusations

1 of corruption and inappropriate behaviour involving
2 employers and union officials and both of them
3 generated accusations that there was a lack of
4 democratic accountability.

5 So I think, I think when you look at those
6 two industries and compare them to construction, I
7 think that gives some credibility, I hope it gives
8 some credibility to the analysis that I just
9 offered you.

10 So, of course, the question becomes "quoi
11 faire"? What to do? What to do about corruption,
12 what to do about violence, what to do about
13 conflict of interest, what to do about undemocratic
14 practice? And, if I had a full answer for you, I
15 would have requested much more time than has been
16 allotted so I don't have, I freely confess that.

17 Normal enforcement of the law is obviously
18 the place to begin, clearly it's the place to
19 begin. But normal enforcement will only occur if
20 you address the problem of how to get at evidence
21 of activity which is, by its nature, hard to
22 detect. I think that's one of the biggest
23 challenges confronting your commission.

24 I do think, with particular regard to the
25 rule of unions, there are things that would be

1 helpful. The first, let me say generically measures
2 to promote transparency would be extremely helpful.
3 Clear conflict of interest rules would be very
4 helpful. Dismissal from office of union or pension
5 plan officials who are found to have violated the
6 new rules would be very helpful.

7 How do those rules come about? Obviously,
8 it's possible to legislate them. I must say, my own
9 preference would be to give the union movement an
10 opportunity to come forward and fix its own
11 problems and say "Yes, we acknowledge there is a
12 problem of a lack of clarity..." let me say "around
13 conflict of interest. Here's how we think it could
14 be fixed." Should union officials have a register
15 where they must declare their interest? Should
16 employers be told they cannot invite people on to
17 their yachts? Let's have some rules so that we're
18 not debating whether this is or isn't a conflict of
19 interest, let's settle it in advance, let's make it
20 clear, let's make it public and let's have
21 consequences for the violation of those rules.

22 Now, having said that, the rest of my
23 presentation was premised on the fact that these
24 allegations of misconduct and criminality have
25 arisen because of structural problems in the

1 industry. And so you have a big question
2 confronting you: are those problems serious enough
3 to dismantle the structure to address head on the
4 problem of industry-wide negotiations, of the
5 hiring hall, of mandatory union membership?

6 Unless I have misread the record, those
7 are not questions I think that you have considered.
8 And I think it would be not a good idea in the
9 general interest of construction workers and of
10 peace in the industry, it would not be a good idea
11 for you to tackle those questions, even though you
12 accept my hypothesis that it's the structures which
13 have created conditions in which improper and
14 illegal behaviour has occurred.

15 So, I wish I could be more helpful to you,
16 but perhaps you have some questions. I would be
17 more than pleased to answer them.

18 Q. [102] Thank you very much, Professor Arthurs. I
19 would perhaps... we'll certainly get back to what
20 you've just said, the question of structural
21 problems and what we should do about them, but I
22 just have a couple of questions before that.

23 So, you've just described the general
24 features of the labour relations in the
25 construction industry, so labour relations are

1 themselves modelled or shaped to adapt to the
2 industry itself. And this is, as you said, not
3 typical to Canada, but it's a North American
4 reality.

5 I understand that the way those labour
6 relations are structured make it vulnerable to
7 corruption, and most... the main reason for that is
8 that they make it vulnerable to measures or to
9 actions that are likely to delay construction
10 projects, or to impede their proper functioning.
11 So, time is the essence here, right? I think...

12 A. That's true. Very important factor, yes.

13 Q. **[103]** So, if we could have... or I will say it
14 differently. Do you think that if we could have a
15 very efficient way of dealing with the conflicts
16 that arise because of the way the forces are
17 arranged, if we could deal with those problems in a
18 timely manner, would this alleviate the problems
19 that we have with this structure?

20 A. If I understand your question, if it were possible
21 to very quickly resolve issues, then there would be
22 no need to have recourse to illegal...

23 Q. **[104]** That's right.

24 A. ... delays. I guess I have a couple of answers. The
25 first is that there are experiments in speedy

1 dispute resolution. I knew someone, for example,
2 who was the arbitrator in the port of Vancouver.
3 The long-shoring industry also represents a similar
4 problem because ships come in, they must be quickly
5 unloaded and reloaded, and they're on their way.
6 Every day they delay in the harbour is costly.

7 So, they had this problem of grievances.
8 The union would say, "We don't have the proper
9 equipment", or whatever. And their solution was
10 that they appointed an arbitrator who had to
11 promise twenty-four (24) hours a day, seven days a
12 week, to have a pager on his person, and to be at
13 the scene of the dispute within two hours of being
14 paged, and to resolve that dispute within some
15 short period of time, several hours.

16 I mean, it's possible. I think some
17 disputes, I mean, it's one thing to say, "Does this
18 crane meet safety requirements or doesn't it?",
19 it's a factual question. But some of the issues
20 that arise in the construction are much more
21 complicated. Is this work being done by somebody
22 from union A or union B, which one has the mandate
23 to do the work? And you know, it's a bit like
24 determining a complicated boundary dispute between
25 two countries.

1 So, yes, you could relieve some of the
2 pressure by having expedited procedures, and there
3 are precedents, which would assist, but of course,
4 people have to want to make them work. And if
5 they're getting better results from illegal
6 behaviour, you have to... At the same times you
7 give a good alternative you have to suppress the
8 bad behaviour or you have to make that bad
9 behaviour unattractive. Not just by prosecutions,
10 there are other ways of making it unattractive.

11 Q. **[105]** You said that it's is important for the
12 industry to introduce transparency measures,
13 conflict of interests rules and dismissal from
14 office in cases where there's violation in terms of
15 trust or pension plans. And you also said that
16 those rules need not necessarily be introduced in a
17 statute or a... So, we had Professor Pierre Noreau
18 yesterday who suggested that it is important when
19 we think about institutional design that we have
20 the actors themselves being a part of the solution;
21 and, of course, you are, yourself, with your
22 research and your thinking... much of that school
23 and as Rod Macdonald was as well, so that the
24 relations between the players is very important and
25 is usually part of the solution.

1 So, would you say that, given the problems
2 that have occurred, and assuming, as you say, that
3 we make sure that the criminal procedures are taken
4 for the various serious problems, do you think that
5 if we ask the players of the industry to regulate
6 themselves, that would be the best place to start?

7 A. If they regulate themselves both formally and in
8 fact, yes. So, I would visualize a series of steps,
9 beginning with an invitation to the unions to come
10 forward with measures. An invitation frame,
11 perhaps, by saying, "We are looking for the
12 following outcomes. Please tell us how those
13 outcomes can be achieved in terms of union
14 accountability and transparency and democracy. Tell
15 us from your perspective how those can be
16 achieved." And we will be looking not only for
17 rules which look good on paper, but rules which
18 have a reasonable chance of becoming operational.
19 So, "We don't want you to play games with us. We
20 don't want you to say, we will adopt a rule and
21 then not follow it."

22 Again, unions have confronted these
23 problems sometimes quite creatively. For example,
24 the auto workers' union has something called the
25 Public Review Board, of which I was once a member;

1 a group of citizens who have no connection with the
2 union, constitute a final Court of Appeal for
3 breeches of the union constitution. And myself and
4 my colleagues, we were... there was a priest and a
5 couple of law professors, and people from various
6 backgrounds, none of whom were associated with the
7 auto workers' union. And we heard every year
8 probably twenty (20) or thirty (30) cases where
9 people said, "I didn't receive the representation I
10 was entitled to under the union constitution," or
11 "A union official did something which violated the
12 constitution." And we had power to hear and decide
13 and to give remedies.

14 So, one of the things that... if you embark
15 on this process, you might want to do, is to say,
16 "You're going to have to meet certain performance
17 standards." It's not just a rule, it's the
18 structures that you create to give credibility to
19 the rule. And then you might say, again I'm... this
20 is all hypothetical, but you might say, "We will
21 have what's called a sunset clause. This
22 voluntarily adopted regime will give it a fair a
23 chance to work hypothetically five years. And we
24 will mandate somebody in the ministry of Labour, or
25 a judge, or somebody to come back in five years and

1 evaluate this voluntary system. And if it isn't
2 working, then on the shelf, we have a legislated
3 system, which we think will be better." And,
4 indeed, right from the beginning, I think it has to
5 be clear that if the union movement doesn't take up
6 this opportunity to regulate itself, the
7 alternative would have to be public regulation.

8 Because... I mean, I read the newspaper
9 account of the discussion. Of course, we're old
10 friends, of course, I went on the yacht. Well,
11 alright. If there's no explicit rule, that's a bit
12 of a "cul-de-sac" in which you find yourself in
13 that conversation. But if there is a rule that says
14 you mustn't fraternize with the people that you are
15 bargaining with, or if you do, there's a register
16 for them and a register for you which says "I met
17 monsieur so-and -so" on such a date, in such a
18 place."

19 Those are the kinds of rules that I'm
20 talking about and they should avoid a situation in
21 which no one is quite sure how to frame the
22 critique of these meetings.

23 Q. [106] Uh, huh.

24 A. So I think it's in the interest of union members, I
25 think it's in the interest of good union officers,

1 I think it's definitely in the public interest and
2 in the interest of good industrial relations to
3 have clear boundary lines.

4 Q. [107] Do you think that it is particularly
5 important to adopt what you call a "bottom-up
6 approach" to the construction industry than it is
7 for other kinds of industries? And the reason why I
8 say that is that by the, at the end of your
9 presentation, you said "Even if we think that the
10 problems that are arising are structural problems,
11 it is a tricky thing to dismantle the structure and
12 rebuild it again because of the fragility of the
13 relationships between the unions and the workers."
14 So, I suppose this is a very difficult industry to
15 regulate from the outside and when there's a
16 structure, you better try to work with it instead
17 of dismantle it and going to a new structure again.

18 A. The structure is not a new structure, it goes back
19 hundreds of years with specialised firms doing
20 bricklaying or carpentry or whatever, that's, and
21 their workers associating around the craft and the
22 craft, in turn, acting as a hiring hall. These
23 practices are not twentieth (20th) century
24 practices, they're sixteenth (16th), seventeenth
25 (17th) century practices.

1 Q. [108] So, given that context, it is particularly
2 important to go from the bottom up in that industry
3 so we could, we could make such a recommendation as
4 encouraging or mandating the construction industry
5 to regulate itself around a number of general rules
6 like establishing clear rules of conflict of
7 interests, of this and that and, then, having a
8 certain period of time to evaluate the effect of
9 that.

10 If we go on the more specific level now,
11 you've just talked about the relationships between
12 the representatives of the union and then those
13 with whom you have to negotiate. We've heard
14 allegations of potentially inappropriate
15 relationships between union representatives and
16 entrepreneurs - all of this, of course, needs to be
17 evaluated by the commissioners but let's suppose
18 that we that we have a problem with the kinds of
19 relationships that have developed. What do you
20 think is a proper relationship? Or how, what would
21 be an appropriate code of conduct that, if you were
22 in the construction industry, you would like to see
23 adopted by the members? Where do we draw the line
24 between what is acceptable social relationships
25 between two civilised persons and what becomes

1 unacceptable?

2 A. Industrial relations involve two principles which
3 are in contradiction - conflict on the one side,
4 cooperation on the other side and striking the
5 right balance between those two principles is, I
6 think, the challenge in responding to your
7 question.

8 The law, for example, is absolutely
9 unmistakably clear that an employer must not
10 interfere in the administration or formation of the
11 trade union. No question the law is completely
12 clear.

13 So if the conduct violates that principle,
14 the union loses its bargaining rights, the employer
15 has violated the labour relations law and that's
16 absolutely clear if you can demonstrate
17 interference.

18 Once again, we come back to the challenge
19 of finding evidence but complicated now by looking
20 at the cooperative side. Do we wish to stop to
21 interfere in relations which reduce conflict and by
22 which the two parties, labour and management,
23 persuade each other that cooperation, friendly
24 relations, avoidance of conflict, all of those
25 things are in everyone's interest as well as the

1 public interest because the public doesn't suffer
2 the inconvenience of strikes and so forth.

3 Q. [109] Uh, huh.

4 A. So how do we foster cooperation without it reaching
5 the point of interference? And hard work, clear
6 rules, serious oversight, all of those things are
7 necessary to strike the right balance.

8 Q. [110] Do you think this balance is specific to the
9 construction industry? Do we have that same balance
10 in any contractual relationship between, say, a
11 public institution and a private entrepreneur or
12 private engineering firm?

13 A. Well, I don't want to speak about... about
14 engineering, which has had its own difficulties in
15 recent years. In the general sense, yes, the
16 problem is always there. Let's talk about the
17 automotive industry. It's, as you know, it has gone
18 through very, very difficult times. And there were
19 moments when the auto companies said to the union,
20 "Not only must you not ask for more money, you must
21 give us back things that we have given you
22 previously. We have to dismantle the benefit and
23 pension plans to a certain extent. We have to pay
24 new workers less than established workers." A bunch
25 of concessions that when the industry was

1 flourishing would have been unthinkable. And the
2 union said, "Look, if we want General Motors to
3 survive, and Ford, and so on to survive, we have to
4 cooperate. This is not a moment for conflict." When
5 the union... when the industry is again
6 flourishing, we will be more conflictual, we will
7 be more aggressive. But at this moment, starting in
8 two thousand eight (2008), when the industry was in
9 desperate condition, at that moment we realized
10 that we have a common fate with the owners of these
11 firms, and we must do things which are very
12 distasteful to us.

13 Q. **[111]** I think I will, just following on that, let's
14 change the question a little bit. You say that you
15 have in the construction industry the need to
16 collaborate, and on the other side you have the
17 absolute impossibility for the employer to intrude,
18 so those are sort of two conflicting values. Let's
19 suppose that we just take a contractual
20 relationship. We have a public servant, and then we
21 have a private firm, whatever it'd be. Are those
22 conflicting values present as well?

23 My question is, should we... do we face the
24 same kind of problem when we think of a code of
25 ethics or a conflict of interest rules when we have

1 union representative and potential employers, and
2 when we have a public servant and an entrepreneur
3 making a contract with the government?

4 A. Yes. I mean, there's somewhat similar tensions. I
5 mean, if nothing else, any two parties that sit
6 down to negotiate a contract, each party is seeking
7 maximum benefit and minimum cost. I mean, it's the
8 nature of every negotiation. At the same time,
9 everybody knows that if you push too hard for your
10 advantage and are not sufficiently mindful of the
11 other party's advantage, there isn't going to be a
12 contract. Or if there is, it will not be a
13 successful ongoing relationship. The losing party
14 in the negotiation will find a way to retrieve
15 their position by delivering poor goods, or
16 whatever.

17 Q. [112] So, if we need to reflect on the notion of
18 conflict of interest generally, as a commission,
19 and to... we need not make any fundamental
20 distinctions between the kind of relations that you
21 describe between the unions and the employers, and
22 then the contracting action or activity generally
23 on the other side, so that's...

24 A. Once again there's structural differences that
25 distinguish construction and a few other industries

1 from the generality of industrial relations, but
2 yes, otherwise, I agree.

3 Q. [113] You mentioned right at the beginning of your
4 presentation that you noticed a... what you called
5 a shortfall of enforcement in criminal law, in the
6 construction industry, and you suggested that those
7 difficulties might be caused by the difficulty of
8 finding evidence for those... for that use of
9 criminal law.

10 We, and I know this particular topic is not
11 necessarily at the heart of your expertise, but I
12 would like to have your input on that. We have
13 heard a number of people and some experts here
14 talking about the importance of whistleblowers and
15 the fact that they are essential to any law
16 enforcement activity when the violations that are
17 alleged are very difficult, are intrinsically
18 secret.

19 What do you think of that kind of
20 institution - let's call it an institution - when
21 we think of the construction industry... Are there
22 specific sensitivities in the construction industry
23 that would make it particularly difficult to
24 encourage them to create whistleblower, either
25 incentives, or systems of protection?

1 A. Well, there... I can think of a couple of things
2 which are, let me say not unique, but more extreme
3 in the construction industry. Within unions, the
4 absence of bottom up grassroots, democratic
5 relationships within the union which are a feature
6 of the transient relationships, and the union's
7 control of the only means of entering the labour
8 market, the hiring hall, those are more extreme
9 variance but make whistleblowers more vulnerable
10 because they have neither the support of
11 colleagues, nor the possibility of avoiding the
12 union and finding jobs elsewhere in the industry.
13 So, if we are talking about union whistleblowers, I
14 think they do confront particular problems if
15 they're blowing the whistle on their own people.

16 On the other side, employees... suppose
17 there are three venues, the union... amongst the
18 employers and, of course, on the government
19 contracting side...

20 Q. **[114]** Yes.

21 A. I would say, amongst employers, the whistleblower
22 faces problems that all whistleblowers face, namely
23 the loss of a job...

24 Q. **[115]** Hmm, hmm.

25 A. ... which has very serious economic, but also

1 social, consequences. If you're supporting a sick
2 relative, or hoping to send your child to an
3 expensive university, or... I know that's not a
4 problem in Québec as opposed to some other places.
5 But, you know, if you have commitments, but not
6 just financial commitments, if you define yourself,
7 as many people do... I am an employee of this life
8 insurance company, or I'm an employee of that
9 chemical manufacturing company; that's your life,
10 that's who you are. And if you blow the whistle you
11 are erasing the ties that make your life meaningful
12 as well as losing your source of income. And not
13 only are you losing your source of income but,
14 generally speaking, you are marked: nobody else in
15 the industry is going to hire you subsequently.

16 There are exceptions, but generally
17 speaking, you are identified as a disloyal person.
18 And if you're fired from a chemical company because
19 you revealed that their chemicals are damaging
20 people's health or the environment, what other
21 chemical company is going to hire you? So, in the
22 private sector, it's... I think it's a real
23 problem.

24 Ideally, in the public sector, a
25 whistleblower should be someone who is sought out

1 for positive commendation and promotion, and held
2 up as a hero and so on. But I haven't heard very
3 many cases of that happening. It has happened
4 occasionally. So, there's great vulnerability for
5 whistleblowers in each of those contexts.

6 Q. **[116]** But would you say that they are even more
7 vulnerable when they are part of a union or part of
8 a... The aim of my question is that, if we ever try
9 to design whistleblower protection measures, should
10 we be particularly alert to the challenges that
11 face people in the construction industry? And, in a
12 sense, you partly answered the question because you
13 said, "There's this lack of support in that kind of
14 industry because the person always changes the
15 employer." So, probably that's the most sensitive
16 part.

17 A. I think this is part of a general question that the
18 Commission is going to have to wrestle with. Are
19 the practices you are identifying in construction
20 unique to construction? I know what your mandate
21 is; I know you can't answer the question, but I
22 would be very surprised. In fact, we have lots of
23 documented cases of bid rigging and other illicit
24 practices in, may I mention, the advertising
25 industry for example. And we could go on, there are

1 other scandals in other industries where similar
2 conduct has been detected. So is it anomalous to
3 create a special whistleblower regime in one
4 industry? Or does it make more sense to have a
5 general regime? And I don't know how you feel about
6 that recommendation. I mean, you can't fail to
7 identify the problem but I don't know what you feel
8 your mandate restricts you to the construction
9 industry, even though we have documented examples
10 of similar conduct in other industries.

11 Q. [117] Perhaps I would just have one last question.
12 Do you have questions or?

13 LA PRÉSIDENTE :

14 I have one.

15 Me GENEVIÈVE CARTIER:

16 Oh! You have one. Would you like to...

17 (12:3002)

18 LA PRÉSIDENTE :

19 Q. [118] I understand that, talking about
20 whistleblowers, there is an urgent need to have a
21 law that will protect them firmly as well as an
22 outside line for them to complain if they wish to.

23 A. Yes, I think you correctly understand my position,
24 yes.

25

1 Me GENEVIÈVE CARTIER:

2 Q. [119] Generally speaking, and I appeal to your
3 experience as a, either a president of a commission
4 of inquiry or a member of a commission so you know
5 what kind of responsibility lies on the shoulders
6 of those who will have to make the recommendations,
7 so if I combine your experience as a former
8 commissioner and your experience as a labour
9 relations person, what should be the most important
10 thing that we have in mind when framing
11 recommendations that are likely to affect the
12 construction industry? I'm appealing to either
13 sensitivities or particular... Because industrial
14 peace is what we are aiming at in industrial
15 relations, right? So, as a commission, we don't
16 want to disrupt industrial peace but we want to
17 make sure that we take the right measures so what
18 kind of advice could you provide?

19 A. It would be a terrible thing for the Commission to
20 say "We are so focussed on industrial peace that we
21 are prepared to accept corruption." and I can't
22 imagine a commission would say such a thing. So how
23 do you explain that stance? Well, in several ways.
24 First of all, proper bidding practices in
25 construction are a means and not an end and they're

1 a means to securing prudent use of public funds
2 which come from people who pay their taxes and I
3 think ultimately the justification has to be the
4 same people that work in construction, the same
5 people that inhabit the buildings that are
6 constructed, the same people that go to the polls
7 and vote. They're the same people who are being
8 defrauded.

9 Q. **[120]** Uh, huh.

10 A. And I think it's not a contest between peace and
11 proper contracting processes - they're the same
12 people whose interests are being adversely affected
13 and I think a big challenge for the Commission is
14 to frame its recommendations in such a way that the
15 people understand that they have a stake, a very
16 personal stake as people who pay their taxes and
17 want to get the most value for their taxes. They
18 have a stake in sound contracting practices just as
19 they have a stake in industrial peace.

20 Q. **[121]** So we'll have to combine those... Do you have
21 any other questions? Well, thank you so very much,
22 Professor Arthurs.

23 A. My pleasure. Thank you.

24 Q. **[122]** And we will certainly appeal to your wisdom
25 and experience in the future months. Thank you very

1 much for coming here.

2 A. Thank you so much.

3 LA PRÉSIDENTE :

4 Thank you very much, Professor Arthurs.

5 A. My pleasure.

6 SUSPENSION DE L'AUDIENCE

7

8 REPRISE DE L'AUDIENCE (14:05:35)

9 LA PRÉSIDENTE :

10 Bonjour, Monsieur Comtois.

11 LA GREFFIÈRE :

12 Pourriez-vous rester debout pour l'assermentation,
13 s'il vous plaît?

14

15

16

1 L'AN DEUX MILLE QUATORZE (2014), ce vingt-neuvième
2 (29e) jour du mois d'octobre,

3

4 A COMPARU :

5

6 YVES COMTOIS, avocat

7

8 LEQUEL affirme solennellement ce qui suit :

9

10 LA PRÉSIDENTE :

11 Je m'excuse, Maître Comtois.

12 Me GENEVIÈVE CARTIER :

13 Alors, Madame la Présidente, Monsieur le
14 Commissaire, nous recevons cet après-midi maître
15 Yves Comtois qui va aborder la question de la
16 concurrence sous un angle davantage juridique. Nous
17 avons reçu hier le professeur Connor qui a parlé de
18 la question de la concurrence sur... dans une
19 perspective économique, mais la concurrence est une
20 question qui est largement réglementée et qui fait
21 l'objet de nombreuses législations dans le monde,
22 de même qu'au Canada. Donc, il est important de
23 bien comprendre le cadre dans lequel la concurrence
24 fonctionne à la fois ici et à l'étranger, de
25 manière à bien orienter les propositions et

1 recommandations que nous pourrions formuler dans
2 notre rapport.

3 Alors, je vais inviter maître Comtois à
4 nous parler de son profil de carrière, son
5 expérience.

6 Q. **[123]** D'abord, bienvenue, Maître Comtois, à la
7 Commission.

8 R. Merci. Merci.

9 Q. **[124]** Alors, donc vous êtes un spécialiste du droit
10 de la concurrence. Donc, je vous invite à nous
11 faire le... nous exposer votre parcours
12 professionnel.

13 R. Oui. Alors, pour résumer mon parcours, je dirais
14 que, en fait, je me spécialise en droit de la
15 concurrence depuis presque vingt (20) ans. J'ai
16 complété mes études de droit en droit civil et en
17 Common law à l'Université McGill en mil neuf cent
18 quatre-vingt-dix (1990). Ensuite, j'ai obtenu un
19 diplôme d'études européennes spécialisées du
20 Collège d'Europe à Bruges en Belgique. Et puis j'ai
21 travaillé ensuite pendant trois ans dans un cabinet
22 européen à Bruxelles où je me suis notamment occupé
23 de dossiers de droit de la concurrence et de droit
24 des échanges internationaux.

25 Je suis revenu au Québec ensuite en mil

1 neuf cent quatre-vingt-quinze (1995), puis je me
2 suis joint au cabinet montréalais McCarthy Tétrault
3 et puis donc à partir de quatre-vingt-quinze (95).

4 Et de deux mille deux (2002) à deux mille
5 onze (2011), j'ai travaillé comme associé au
6 sein... exclusivement au sein du département de
7 droit de la concurrence. Et donc à ce titre-là j'ai
8 conseillé un vaste éventail de clients canadiens et
9 internationaux dans tous les secteurs du droit de
10 la concurrence, ce qui comprend les cartels, mais
11 aussi les fusions et acquisitions, les pratiques
12 commerciales déloyales, l'abus de positions
13 dominantes.

14 Et puis je mentionnerais également que,
15 avec mes anciens collègues de chez McCarthy
16 Tétrault, Madeleine Renaud et Yves Bériault, j'ai
17 été Coauteur du premier traité de langue française
18 sur le droit de la concurrence au Canada qui a été
19 publié en mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf
20 (1999).

21 Et depuis deux mille douze (2012), je
22 poursuis ma carrière à Bruxelles à titre de
23 consultant indépendant en matière de droit de la
24 concurrence et... mais je suis toujours membre du
25 Barreau du Québec, et ce, depuis mil neuf cent

1 quatre-vingt-quinze (1995).

2 Alors, voilà mon parcours.

3 Q. [125] Alors, merci, Maître Comtois. Donc, vous avez
4 l'avantage de bien connaître le droit de la
5 concurrence au Canada et d'être aussi indépendant
6 de ce qui s'y passe actuellement, donc ça vous
7 donne le recul nécessaire pour nous conseiller
8 sagement dans le cadre de nos travaux.

9 Je mentionnerais donc que le... pas le
10 professeur Comtois, mais maître Comtois a produit
11 deux études, deux rapports pour la Commission. Dans
12 le premier rapport, il procède à une revue de
13 l'état de la législation en matière d'ententes
14 anticoncurrentielles et de truquages d'offres dans
15 un grand nombre de juridictions occidentales. Et
16 dans le deuxième, il réfléchit à un certain nombre
17 de mesures qui permettraient d'améliorer
18 l'efficacité de la détection des ententes
19 anticoncurrentielles et, de façon plus générale,
20 qui permettraient de mieux englober la question des
21 marchés publics.

22 Donc, cet après-midi, il a préparé une
23 présentation qui vise à résumer, en fait,
24 l'essentiel de ses deux... de ses rapports, donc il
25 fera sa présentation qui va durer quarante-cinq

1 (45) minutes, peut-être une heure, et à la suite de
2 laquelle nous pourrions faire un échange de
3 questions.

4 R. O.K.

5 Q. **[126]** Alors, merci beaucoup encore, Maître Comtois,
6 et je vous cède la parole.

8 PRÉSENTATION

10 Me YVES COMTOIS :

11 Merci. Alors, Madame la Présidente, Monsieur le
12 Commissaire, la présentation que je propose de
13 faire aura trois parties. Je voudrais tout d'abord
14 examiner, de manière générale, donc les
15 caractéristiques principales de notre régime de
16 droit de la concurrence applicable aux ententes
17 anticoncurrentielles et, en particulier, aux
18 truquages d'offres. Puis dans certains cas, je vais
19 comparer ces caractéristiques-là avec celles des
20 principales juridictions de l'OCDE.

21 Je propose ensuite de dresser un bilan de
22 notre régime, notamment à la lumière de certains
23 témoignages qui ont été entendus ici. Et puis
24 finalement, discuter, comme l'a dit madame Cartier,
25 de certaines mesures qui pourraient être prises

1 définir comme une entente secrète pour tromper
2 quelqu'un, c'est certainement couvert par ces
3 notions-là d'entente, mais ce n'est pas, comme je
4 l'ai dit, un terme consacré.

5 Et donc, je commencerai par dire que dans
6 toutes les principales juridictions qui ont un
7 régime de droit de la concurrence, des ententes
8 entre concurrents de type injustifié, partage,
9 fixation de prix, partage de marché, sont
10 interdits... trucage d'offre, sont interdites de
11 manière automatique.

12 Et ce que j'entends par automatique, c'est
13 que pour réussir à faire condamner le comportement,
14 les autorités n'ont qu'à faire la preuve, mais ça
15 reste une preuve très difficile à faire, que les
16 entreprises se sont entendues pour fixer les prix
17 ou pour truquer leurs offres. Elles n'ont pas
18 besoin de prouver en plus que l'entente a porté
19 atteinte à la concurrence de manière appréciable ou
20 en fonction de tout autre critère qualitatif. C'est
21 comme si en fait l'effet négatif important sur la
22 concurrence de ce type d'entente est présumé de
23 manière irréfutable, et c'est pour ça qu'on les
24 appelle les ententes injustifiables. Dans le jargon
25 du droit de la concurrence, on appelle ça une

1 interdiction per se, en deux mot, P-E-R / S-E, et
2 donc ça, c'est la règle de base partout. Au niveau
3 du fond, les règles de concurrence sont donc assez
4 bien harmonisées au niveau international.

5 Là où il existe par contre une différence
6 importante entre les différentes juridictions,
7 c'est au niveau de la nature du régime qui a été
8 mis en place pour mettre en oeuvre cette
9 interdiction automatique des ententes
10 anticoncurrentielles injustifiables.

11 Aux États-Unis et au Canada, la
12 participation à une entente anticoncurrentielle
13 injustifiable c'est une infraction criminelle. Dans
14 le droit de l'Union européenne, par contre, ainsi
15 que dans le droit national des principaux états
16 membres, je pense à la France, l'Allemagne, le
17 Royaume-Uni, les Pays-Bas, il s'agit principalement
18 d'une infraction réglementaire, que j'appellerai
19 civile pour la distinguer de l'infraction
20 criminelle.

21 Et donc, cette caractéristique essentielle
22 du régime, criminel ou civil, a évidemment un
23 impact déterminant sur plusieurs aspects. J'en
24 mentionnerai ici deux. Premièrement, ça va
25 déterminer bien sûr le fardeau de preuve qui pèse

1 sur les autorités de surveillance. Dans les régimes
2 criminels, les autorités ne peuvent réussir à faire
3 interdire une entente que si elles en font la
4 preuve hors de tout doute raisonnable. En revanche,
5 évidemment, le fardeau de preuve des autorités qui
6 appliquent un régime civil est moins lourd.

7 Deuxièmement, le caractère civil ou
8 criminel va évidemment aussi déterminer la nature
9 des sanctions qui peuvent être imposées. Les
10 régimes criminels généralement s'appliquent tant
11 aux compagnies qu'aux individus, tels que les
12 dirigeants ou les employés des entreprises qui ont
13 participé personnellement à l'entente. Et ces
14 régimes criminels prévoient non seulement
15 l'imposition d'amendes, tant pour les employés que
16 pour les compagnies, mais pour ce qui est des
17 individus aussi, évidemment, des peines
18 d'emprisonnement.

19 Pour leur part, les régimes civils
20 s'appliquent généralement pour l'essentiel aux
21 entreprises seulement et ne donnent lieu qu'à des
22 sanctions pécuniaires. Ces sanctions-là peuvent
23 être très élevées, elles sont aussi appelées
24 amendes même si elles ne sont pas imposées dans un
25 contexte criminel, mais elles épargnent

1 généralement les individus, et bien sûr, il n'est
2 pas question de peine d'emprisonnement dans un
3 régime civil.

4 Quand on examine l'évolution dans les
5 quinze (15) dernières années du droit de la
6 concurrence à travers le monde, on constate
7 l'existence d'une tendance assez prononcée à
8 criminaliser les ententes anticoncurrentielles
9 injustifiables. Et parallèlement, à imposer des
10 peines de plus en plus sévères contre les
11 individus. C'est une tendance qui est fortement
12 influencée par les autorités américaines, qui
13 considèrent que les sanctions pénales, et en
14 particulier la possibilité d'imposer des peines
15 d'emprisonnement aux individus constitue l'arme de
16 dissuasion la plus efficace contre les cartels.

17 Et sans doute sous l'influence de cette
18 tendance-là, de nombreux pays, notamment européens,
19 ont récemment commencé à introduire dans leur
20 régime civil des dispositions criminelles qui
21 s'appliquent en parallèle. Et ces dispositions-là
22 ne s'appliquent généralement qu'aux individus. En
23 France, par exemple, qui a essentiellement encore
24 un régime civil qui s'applique aux entreprises, on
25 a aussi une disposition pénale dans le code de

1 commerce qui s'applique à toute personne qui prend
2 une part personnelle et déterminante dans la
3 conception ou la mise en oeuvre d'un cartel ou d'un
4 trucage d'offre. L'Allemagne c'est la même chose,
5 elle a essentiellement un régime civil. Elle a
6 aussi une disposition pénale en matière de trucage
7 d'offre qui s'applique aux individus. Le Royaume-
8 Uni a introduit une disposition criminelle en deux
9 mille trois (2003). L'Australie vient de le faire
10 encore plus récemment en deux mille neuf (2009). Et
11 donc, c'est des dispositions qui s'appliquent en
12 parallèle avec leur régime civil.

13 Dans la plupart des cas cependant, je
14 dirais que ces dispositions pénales-là sont soit
15 trop récentes pour qu'on puisse juger de leur
16 efficacité ou elles sont appliquées vraiment de
17 manière sporadique. De manière générale, je dirais
18 que la culture de considérer les infractions de
19 concurrence comme un véritable crime prend racine
20 plus lentement en Europe continentale que c'est le
21 cas ici en Amérique du Nord. Il y a certains pays
22 qui résistent d'ailleurs encore, par exemple les
23 Pays-Bas où ils ont discuté pendant de nombreuses
24 années la question de savoir s'ils devaient pas
25 ajouter un volet pénal pour les individus et,

1 finalement, ils ont abandonné ces propositions-là.

2 Donc, si on revient maintenant ici au
3 Canada, comme vous le savez, donc toutes les règles
4 en matière de concurrence ici sont consignées dans
5 une seule loi, une loi fédérale, la Loi sur la
6 concurrence et la Loi, elle a un caractère hybride
7 - elle contient des dispositions criminelles, elle
8 contient aussi des dispositions civiles selon le
9 type de pratique visée, mais en matière de cartels
10 puis d'ententes injustifiables, toutes les
11 dispositions pertinentes de la loi sont criminelles
12 et on reviendra un peu là-dessus.

13 La Loi, donc, contient deux dispositions
14 principales en matière de cartels car l'article 45,
15 l'article 47 s'appliquent tant aux personnes
16 morales qu'aux individus. On a donc tout d'abord
17 l'article 45, c'est la disposition principale en
18 matière de cartels qui interdit les ententes pour
19 fixer les prix, partager les marchés, les clients,
20 contrôler la production ou la fourniture d'un
21 produit et donc, comme partout ailleurs, maintenant
22 c'est une infraction automatique percée et donc ce
23 type d'entente-là est interdit en toutes
24 circonstances, son impact étant en quelque sorte
25 présumé.

1 Ensuite, on a une disposition spécifique au
2 Canada, l'article 47 sur le truquage d'offres. Puis
3 le Canada est d'ailleurs la seule juridiction parmi
4 celles que j'ai examinées qui a une disposition
5 spécifique différente de la disposition générale
6 sur le truquage d'offres. Remarquez que ça ne
7 confère pas à notre régime un avantage particulier,
8 je pense, en matière de lutte contre le truquage
9 d'offres parce que les autres juridictions ont, de
10 toute façon, une disposition générale sur les
11 ententes anticoncurrentielles et, là-bas, le
12 truquage d'offres c'est simplement perçu comme une
13 forme d'entente anticoncurrentielle et justifiable
14 donc ça revient vraiment au même.

15 Et donc, essentiellement, notre article 47
16 interdit les ententes entre deux ou plusieurs
17 personnes soit pour s'abstenir de présenter une
18 offre en réponse à un appel d'offres, soit pour
19 retirer une offre déjà déposée, soit pour présenter
20 des offres sur lesquelles les parties se sont
21 entendues puis il s'agit également d'une
22 interdiction, d'une infraction percée. J'ajouterais
23 que pour que l'entente contrevienne à l'article 47,
24 il faut également que l'entente n'ait pas été
25 portée à la connaissance de la personne procédant à

1 l'appel d'offres et, si vous le voulez, je pourrai
2 revenir plus tard sur mon interprétation du sens
3 qu'on devrait peut-être donner à cet élément-là
4 important puis je pense qu'on doit tenir compte un
5 peu de l'historique de l'article 45 et de l'article
6 47.

7 Comme vous le savez, la Loi sur la
8 concurrence, elle a été amendée de manière
9 significative en deux mille neuf (2009) et, avant
10 cette réforme-là, seulement l'article 47 sur le
11 truquage d'offres promulguait une interdiction
12 criminelle automatique percée. En particulier, les
13 autres types d'ententes anticoncurrentielles pour
14 fixer les prix, pour partager les marchés qui
15 n'étaient pas conclues dans le contexte d'un appel
16 d'offres, qui étaient donc visées par l'article 45,
17 ces autres ententes-là ne pouvaient être interdites
18 que si la Couronne parvenait à établir qu'elles
19 réduisaient ou empêchaient indûment la concurrence.

20 Et la présence de cet élément-là
21 additionnel plutôt imprécis a donné lieu à
22 d'importantes difficultés d'interprétation. Il faut
23 comprendre aussi que, avant la réforme, l'article
24 45 était rédigé de manière différente. Il avait une
25 portée beaucoup plus large et maintenant, quand on

1 lit 45, c'est écrit, les ententes pour fixer les
2 prix, partager les marchés - la rédaction était
3 beaucoup plus large avant de sorte que l'article
4 était susceptible de s'appliquer non seulement aux
5 ententes de ce type-là, généralement reconnues
6 comme injustifiables mais, en fait, à n'importe
7 quel type d'entente entre concurrents qui était
8 capable d'avoir un effet restrictif sur le marché.

9 Je vais vous donner un exemple : une
10 entente entre deux compagnies concurrentes qui
11 décident de se mettre ensemble pour produire un
12 nouveau produit. Donc, voilà un exemple d'une
13 entente qui, d'une certaine manière, réduisait la
14 concurrence parce que les deux entreprises ne se
15 faisaient plus concurrence pour fabriquer ce
16 nouveau produit-là, mais l'entente allait peut-être
17 leur permettre de créer un nouveau produit qui,
18 lui, allait être très concurrentiel avec d'autres
19 produits existants dans le marché.

20 Donc, c'était un type d'entente, ça, où
21 c'était pas en soi une entente injustifiable - il
22 fallait examiner le... l'aspect bénéfique net sur
23 la concurrence de ce type d'entente. Mais l'article
24 était rédigé de manière tellement large qu'il y
25 avait les... les compagnies venaient nous voir,

1 nous proposer ça. On disait : « Écoute, est-ce que
2 c'est indu? Il y a un risque, il y a un risque que
3 ça soit déterminé, que ça soit compris comme
4 criminel. » et, donc, c'est une situation qui
5 créait du mécontentement des deux côtés de la
6 clôture. D'un côté, on avait le Bureau de la
7 concurrence qui se plaignait d'avoir à faire une
8 preuve hors de tout doute raisonnable d'une
9 restriction induue et, de l'autre côté, les
10 entreprises aussi qui se plaignaient d'être
11 potentiellement exposées à des sanctions
12 criminelles, même pour des ententes qui, tout en
13 ayant un effet restrictif, pouvaient peut-être
14 néanmoins avoir un impact positif net.

15 Alors, c'est là que le législateur a
16 procédé à un remaniement de fond en comble du
17 régime pour, et pour répondre aux préoccupations du
18 Bureau, donc, il a réformé l'article 45 en
19 supprimant indu et en créant une interdiction
20 percée et puis pour répondre aux préoccupations des
21 entreprises, il a restreint la portée de l'article
22 45 pour la limiter clairement aux ententes
23 injustifiables. Et ensuite, il a créé une nouvelle
24 disposition civile, cette fois, en vertu de
25 laquelle sont dorénavant examinées toutes ces

1 autres ententes-là comme l'entente de coproduction
2 qui sont pas des ententes injustifiables, mais
3 qu'on doit examiner et évaluer l'impact anti-
4 concurrentiel en fonction des caractéristiques puis
5 de... de l'impact précis de l'entente.

6 Je préciserai, c'est important, la
7 violation de cette nouvelle disposition civile là,
8 l'article 90.1 expose toutef... n'expose pas les
9 entreprises à des sanctions lourdes. Il y a pas
10 d'amendes, il y a pas de sanctions pécuniaires, il
11 y a évidemment pas de peines d'emprisonnement. La
12 seule sanction possible, c'est l'émission d'une
13 ordonnance d'interdiction. Et donc, en vertu de la
14 réforme, l'article 47, son libellé a... pour
15 l'essentiel, a pas été... est demeuré largement
16 inchangé, de sorte que toutes les catégories
17 d'ententes entre concurrents, maintenant, de type
18 injustifiable, que ce soit du trucage d'offres ou
19 des ententes de... pour fixer les prix, sont
20 maintenant frappées par une interdiction de percer
21 au Canada et donc, il y a plus d'indûment.

22 Il y a deux points à retenir de la réforme.
23 Premièrement, j'ai noté, lors de... lors de son
24 intervention, le représentant du bureau avait
25 mentionné qu'avant deux mille neuf (2009), le

1 travail du Bureau de la concurrence était plus
2 difficile parce qu'il devait faire la preuve hors
3 de toute doute raisonnable d'une restriction indue.
4 C'est vrai en ce qui concerne les ententes
5 anticoncurrentielles classiques pour fixer les
6 prix, mais ça ne s'applique pas au trucage d'offres
7 parce que 47 a toujours été une disposition qui
8 créait une infraction automatique percée. La
9 Couronne a jamais eu à prouver qu'un trucage
10 d'offres entraînait une réduction indue de
11 concurrence, depuis que l'article 47 existe, c'est-
12 à-dire en mil neuf cent soixante-seize (1976). En
13 d'autres termes, je pense pas qu'on peut expliquer
14 le petit nombre de condamnations en matière de
15 trucage d'offres par le fait que la Couronne devait
16 faire une preuve de réduction indue.

17 Le deuxième point, je pense, qui est
18 important de comprendre, c'est que cette nouvelle
19 disposition civile-là, elle n'a jamais eu vocation
20 à s'appliquer à des cas de cartel. En d'autres
21 termes, l'article 90, il a pas été ajouté dans la
22 loi pour permettre au Bureau de s'attaquer au
23 cartel par le biais d'une disposition civile, comme
24 c'est le cas dans les juridictions européennes. Ça
25 a été ajouté, comme je l'ai expliqué tout à

1 l'heure, pour permettre au Bureau d'intervenir dans
2 des cas d'ententes entre concurrents qui sont pas
3 des cartels classiques. Et de toute façon, si on
4 lit l'article 90.1, il y a rien qui nous
5 empêcherait de l'appliquer en cartel, mais de toute
6 façon, comme je vous ai dit, les sanctions... en
7 fait, il y a pas de sanctions pécuniaires, donc ça
8 serait surprenant qu'on utilise cet article-là.

9 Quelques mots très rapidement sur les
10 sanctions. Donc, comme vous le savez, les... les
11 sanctions sont lourdes et ont été majorées de
12 manière significative à l'occasion de la réforme de
13 deux mille neuf (2009). Donc, en vertu de l'article
14 45, l'amende maximale est de vingt-cinq millions
15 (25 M) et/ou un emprisonnement maximal de quatorze
16 (14) ans. Et puis pour l'article 47, les peines
17 sont identiques, sauf pour l'amende qui comporte
18 pas de plafond statutaire. Et puis sur papier, à
19 tout le moins, le régime de sanctions du droit
20 canadien figure parmi les plus sévères au monde. Et
21 puis en matière de calcul des amendes aussi, le
22 Canada adopte une approche qui est, en tous points,
23 comparable à ce qui se fait ailleurs dans les
24 autres juridictions, c'est-à-dire que pour fixer le
25 montant de base de l'amende, on va... ce qu'on va

1 prendre comme barème, c'est vingt (20)... c'est le
2 vingt pour cent (20 %) du volume total des ventes
3 de produits affectés par le cartel. C'est pas vingt
4 pour cent (20 %) des profits, c'est vingt pour cent
5 (20 %) des ventes brutes de produits affectés par
6 le cartel, au Canada. Et puis le montant est
7 ensuite ajusté en tenant compte, là, de facteurs
8 atténuants ou aggravants qui sont énumérés dans le
9 Code criminel.

10 Et finalement, le dernier point de cette
11 première partie-là, lorsque l'on parle de sanctions
12 puis de grandes tendances en matière de
13 concurrence, je pense qu'il faut souligner
14 l'importance, pour les agences de concurrence,
15 partout, quel que soit leur régime, criminel ou
16 civil, de leur programme d'immunité et de clémence.
17 Donc l'intérêt de ce genre de programme-là résulte
18 d'une caractéristique inhérente au cartel, puisque
19 ceux-ci sont, par définition, et on aura l'occasion
20 d'en reparler, des infractions secrètes et donc
21 difficilement détectables. Les autorités ont depuis
22 longtemps recherché un moyen d'encourager les
23 entreprises à révéler volontairement leur
24 participation à un complot avant que ces
25 agissements soient autrement portés à leur

1 connaissance. Et donc les programmes d'immunité et
2 de clémence répondent à cet objectif-là. Je pense
3 que vous connaissez bien maintenant leurs
4 caractéristiques.

5 Je dirais que ces programmes ont pris
6 naissance d'abord aux États-Unis puis se sont
7 répandus partout, incluant au Canada. Et puis
8 vraiment, au cours des dix (10) dernières années,
9 ce genre de programme est devenu pour toutes les
10 juridictions le principal outil de détection des
11 cartels puis une part significative des sanctions
12 imposées lui sont directement attribuables. Je
13 lisais, par exemple, aux États-Unis, plus de
14 quatre-vingt-dix pour cent (90 %) des amendes
15 imposées pour violation de l'article 1 du Sherman
16 Act, qui est l'équivalent de notre article 45 et de
17 notre article 47, depuis mil neuf cent quatre-
18 vingt-seize (1996), quatre-vingt-dix pour cent
19 (90 %) des amendes peuvent être reliées à des
20 enquêtes qui ont débuté suite à un signalement dans
21 le cadre du programme d'immunité; donc, c'est
22 énorme. Et donc, c'est un outil fondamental et les
23 agences de concurrence déploient vraiment beaucoup
24 d'efforts pour protéger leur programme et en faire
25 la promotion.

1 J'aimerais passer maintenant à la deuxième
2 partie : le bilan. Je me suis limité. J'ai regardé
3 ans les quinze (15) dernières années. Alors, au
4 cours des quinze (15) dernières années, je pense
5 qu'on peut dire que, en fait, très peu
6 d'accusations criminelles pour violation des
7 dispositions de la Loi sur la concurrence en
8 matière de complots ou de trucages d'offres ont été
9 portées contre des entreprises québécoises oeuvrant
10 dans le secteur de la construction. En se fiant sur
11 l'information qui a été rendue publique par le
12 Bureau, j'ai constaté qu'entre l'an deux mille
13 (2000) et la fin de l'année deux mille six (2006),
14 il y a eu aucune accusation.

15 À partir de la fin de l'année deux mille
16 six (2006) jusqu'en deux mille douze (2012), le
17 rythme s'est accéléré un peu avec des accusations
18 qui ont été portées dans cinq dossiers qui ont
19 culminé par l'affaire du système présumé de
20 collusion implanté dans la région de Saint-Jean-
21 sur-Richelieu.

22 Et puis, depuis deux mille treize (2013),
23 là, c'est l'emballement avec la révélation récente
24 par les médias que des enquêtes beaucoup plus
25 vastes du Bureau étaient en cours, notamment en ce

1 qui concerne des firmes de génie-conseil à Québec
2 et puis à Gatineau. Et lors de son témoignage
3 devant la Commission, le représentant du Bureau a
4 indiqué que douze (12) dossiers qui concernent le
5 secteur québécois de la construction sont
6 actuellement en cours d'enquête.

7 Cette accélération marquée du nombre de
8 dossiers du Bureau de la concurrence au cours des
9 toutes dernières années coïncide sans doute avec
10 l'importante couverture médiatique récente des
11 problèmes de collusion et de corruption dans
12 l'industrie et puis avec l'adoption sans précédent
13 de mesures publiques énergiques, comme la mise sur
14 pied de l'UPAC, les travaux de la Commission,
15 évidemment. Plusieurs représentants d'entreprises
16 qui ont témoigné devant vous ont d'ailleurs indiqué
17 que ce sont essentiellement ces derniers facteurs
18 qui les ont fait réfléchir et réagir. De plus, sur
19 la base de l'information qui est publiquement
20 disponible, il semblerait que ces nouveaux dossiers
21 du Bureau de la concurrence n'ont pu voir le jour
22 que suite au dépôt de demandes d'immunité,
23 justement.

24 Donc, on peut probablement parier que, en
25 fait, c'est le débat public portant sur les

1 problèmes de concurrence dans l'industrie qui a
2 fait réfléchir les entreprises, les a convaincues
3 d'approcher le Bureau de leur propre initiative
4 avant d'être démasquées, afin de pouvoir
5 éventuellement recevoir un traitement plus clément.
6 Et on peut donc, malheureusement, supposer que,
7 n'eut été de cette pression-là, la plupart de ces
8 récents dossiers d'enquête auraient peut-être
9 jamais vu le jour.

10 Or, à mon sens, il est clair que, au vu des
11 témoignages entendus, qui ont fait état quand même
12 de nombreux complots anticoncurrentiels dans
13 plusieurs secteurs de l'industrie, ce bilan
14 m'apparaît décevant. Je préciserais que les
15 infractions de concurrence sont manifestement pas
16 les seules à ne pas avoir été détectées, je pense,
17 dans des proportions satisfaisantes. Vos travaux
18 ont fait état d'une multitude d'autres activités
19 illégales qui sont pas du ressort ni de la Loi de
20 la concurrence, ni du Bureau. Mais bon, moi, je
21 m'occupe du droit de la concurrence et, de ce point
22 de vue-là, il me semble que le régime présente
23 quand même certaines lacunes.

24 Ces lacunes, à mon avis, sont de deux
25 ordres. Je pense que notre régime a failli à sa

1 tâche au niveau de la détection, de la répression
2 des cas de trucages d'offres, mais il s'est aussi
3 montré, il me semble, très peu efficace au niveau
4 de la prévention en amont de ces activités
5 illégales-là. Et donc, je pense qu'on peut se poser
6 la question, comme vous l'avez fait à mon égard, de
7 savoir pourquoi notre régime n'a pas su dissuader
8 au départ nos entreprises de comploter, puis
9 pourquoi il n'a pas pu détecter un nombre suffisant
10 de complots.

11 Je voudrais... je pense, à mon humble avis,
12 j'écarterais d'emblée un facteur qui, à mon avis, a
13 eu très peu d'impact, et c'est la nature des
14 sanctions dont sont passibles, en vertu de la Loi,
15 les entreprises ou les individus trouvés coupables
16 d'avoir enfreint la Loi sur la concurrence, ou leur
17 éventuel manque de sécurité... de sévérité. Je
18 pense que dans le genre d'exercice que l'on fait
19 aujourd'hui, le réflexe, c'est souvent d'imputer le
20 constat de faiblesse ou d'échec au caractère trop
21 clément, voire dérisoire, des sanctions et d'en
22 préconiser le renforcement afin d'augmenter le
23 caractère dissuasif de la Loi.

24 Or, j'estime qu'en ce qui concerne la Loi
25 sur la concurrence, cette démarche-là n'est pas

1 justifiée. Je pense pas que la prévalence rapportée
2 des cas d'infraction s'explique par le manque de
3 sévérité des sanctions prévues dans la Loi. Ce qui
4 pose davantage problème, à mon sens, dans une
5 certaine mesure, c'est peut-être le manque de
6 connaissance des justiciables, de la nature de ces
7 sanctions, et peut-être, surtout, le sentiment que
8 les sanctions sont pas réellement appliquées.

9 Donc, brièvement, pour ce qui est de la
10 sévérité des sanctions, comme je l'ai mentionné,
11 les infractions prévues dans la Loi qui interdisent
12 les complots sont de nature criminelle et ce,
13 depuis plus de cent (100) ans. Et donc, on se situe
14 dans le peloton de tête des pays qui ont emprunté
15 la voie criminelle pour s'attaquer au cas de
16 cartel. Et on s'inscrit donc tout à fait dans cette
17 tendance fortement influencée par les Américains,
18 qui considère donc la criminalisation des
19 infractions de concurrence et l'engagement de la
20 responsabilité personnelle des individus, notamment
21 par l'imposition de peines d'emprisonnement, sont
22 des mesures de dissuasion fondamentales.

23 Je vous rappellerai aussi que la Loi sur la
24 concurrence a été amendée tout récemment, en deux
25 mille neuf (2009), afin notamment d'augmenter

1 encore davantage les peines imposables. Vous me
2 direz peut-être : « Oui, mais les peines ont été
3 augmentée en deux mille neuf (2009) et puis
4 ensuite, c'est depuis deux mille neuf (2009) que le
5 Bureau a beaucoup plus de dossiers, donc, il y a un
6 lien entre l'augmentation de l'efficacité du
7 travail du Bureau et l'augmentation des peines. »

8 Je vous dirais que pour ce qui est de la
9 situation qui nous occupe, je pense que c'est une
10 coïncidence et j'attribue davantage l'augmentation
11 de l'efficacité du Bureau... du travail du Bureau
12 aux pressions médiatiques et au genre de travail
13 qu'on est en train de faire aujourd'hui qu'à
14 l'augmentation des peines. De toute façon,
15 l'augmentation des peines n'avait pas d'effet
16 rétroactif, donc les gens qui sont allés voir le
17 Bureau de la concurrence était soumis aux anciennes
18 peines.

19 Donc, plutôt qu'un problème de sévérité
20 intrinsèque des sanctions, je pense que c'est, à
21 mon sens, un manque de connaissance de la nature
22 des sanctions et au sentiment qu'elles ne sont pas
23 réellement appliquées qui a contribué à
24 l'établissement, je pense, d'une certaine culture
25 d'impunité au sein de l'industrie.

1 Je veux évidemment pas sous-entendre par là
2 que les entreprises qui ont apparemment fait du
3 truquage d'offres ignoraient qu'elles contournaient
4 les règles. La grande majorité des entreprises, je
5 pense, qui ont été entendues sur ce point
6 semblaient savoir pertinemment qu'elles agissaient
7 dans l'illégalité. Elles ont d'ailleurs pris soin
8 de garder leurs concertations secrètes, certaines
9 allant même jusqu'à utiliser un langage codé pour
10 crypter leurs discussions.

11 Mais, il me semble aller de soi toutefois
12 que les possibilités d'infractions augmentent
13 lorsque les contours de la loi et l'organisme
14 chargé de les appliquer sont moins bien connus de
15 la population ou lorsque les justiciables ont le
16 sentiment que les risques de se faire prendre sont
17 très faibles.

18 Or, à certains égards, je pense que la Loi
19 sur la concurrence est parfois mal connue ici au
20 Québec. Certains intervenants lors des audiences
21 publiques ont d'ailleurs indiqués qu'ils avaient
22 mal compris la portée exacte de certaines... des
23 interdictions que la loi édicte ou en avaient sous-
24 estimé la gravité.

25 Il est clair qu'en termes de visibilité, de

1 connaissance de la loi auprès des justiciables, la
2 situation certainement s'est améliorée au cours des
3 dernières années et avant même les travaux de la
4 Commission. Je pense qu'on peut parler du cartel de
5 l'essence qui a vraiment été le premier véritable
6 complot régional qui a fait les manchettes parce
7 que c'était le premier complot régional qui
8 touchait le portefeuille de tous. Et puis,
9 évidemment, il y a eu le débat public entourant les
10 travaux de la Commission qui a contribué à
11 renforcer dans l'esprit du public l'importance et
12 la gravité de la loi.

13 Mais, je pense que, avant ces événements,
14 on peut dire sans trop exagérer que la connaissance
15 de la loi et des conséquences de sa violation était
16 peut-être un peu faible.

17 Et parallèlement à ce phénomène - et c'est
18 peut-être un élément qui permet de l'expliquer - il
19 me semble aussi que la présence et la visibilité du
20 Bureau de la concurrence au Québec sont assez
21 faibles. À moins d'y avoir été directement
22 confronté, les gens souvent connaissent
23 généralement peu le Bureau et ce qu'il fait.

24 Certains témoins vous ont d'ailleurs
25 affirmé qu'ils connaissaient pas... qu'avant deux

1 mille neuf (2009), ils connaissaient pas le Bureau
2 de la concurrence ou n'auraient pas pensé à le
3 contacter pour dénoncer une pratique illégale
4 soupçonnée. Quelqu'un a dit : « Ce n'est pas
5 quelque chose qu'on entend souvent parler. »

6 De manière générale, le Bureau de la
7 concurrence - et on aura l'occasion d'y revenir -
8 ne mène pas d'activité de surveillance de terrain
9 sur les marchés et donc, de ce fait, sa visibilité
10 un peu en pâtit. Et je pense que le manque de
11 visibilité des actions du Bureau a probablement pas
12 contribué non plus à ancrer une culture de
13 conformité au sein des entreprises.

14 Un autre point que je voulais mentionner
15 sur le plan que je qualifierais difficilement
16 quantifiable, la perception de la loi auprès des
17 justifiables puis qui m'a frappé quand j'ai entendu
18 certains témoignages, c'est qu'il me semble
19 qu'encore aujourd'hui, à bien des égards, il y a
20 certains objectifs de la loi dont notamment la
21 promotion et la protection du libre marché ne sont
22 pas entièrement compris ou même acceptés par une
23 tranche non négligeable de la population.

24 Au cours de ma pratique, j'ai entendu
25 souvent dire qu'il est ou il devrait être normal ou

1 souhaitable, pour des petites entreprises, de
2 coopérer entre elles pour se protéger contre les
3 géants ou pour des entreprises d'une région, de
4 faire front commun contre les entreprises
5 étrangères. Et certains commentaires en ce sens ont
6 d'ailleurs été entendus au cours des audiences de
7 la Commission.

8 Or, ce type de coopération-là dont il est
9 question ici peut précisément donner lieu à des
10 comportements contraires à la loi puis aux
11 objectifs de libres marchés qu'elle fixe.

12 La Loi sur la concurrence, vous savez, est
13 implacable. Elle se soucie pas d'une répartition
14 équitable des revenus ou des emplois entre les
15 différentes entreprises d'un secteur donné ou de la
16 protection des fleurons de l'économie régionale ou
17 provinciale. Elle obéit à une logique stricte de
18 libres marchés. Et je pense que cette résistance
19 face à certains objectifs de la loi a probablement
20 elle aussi contribué à un certain laxisme dont ont
21 fait preuve certaines entreprises

22 Si on passe maintenant à la question de la
23 détection, le premier point à mentionner, et on le
24 répétera jamais assez, je pense, c'est que la
25 collusion est difficile à détecter. Les ententes

1 anticoncurrentielles et le trucage d'offres sont,
2 par définition, secrètes et elles sont, évidemment,
3 rarement consignées par écrit. Et sauf exception, à
4 l'absence de preuves testimoniales, on peut tout au
5 plus en déceler certains indices dans une note
6 griffonnée en marge d'une page, dans un courriel,
7 au sens un peu obscur, parfois par le regroupement
8 de relevés téléphoniques cellulaires qui permet de
9 voir que des représentants d'entreprises se sont
10 parlés ou se sont rencontrés à un certain endroit.
11 De manière générale, pour reprendre une expression
12 qui est utilisée dans le métier, les « smoking
13 guns » sont très rares.

14 De plus, puis c'est un point qui est
15 important à mentionner qui... qui distingue les
16 complots anticoncurrentiels de plusieurs autres
17 crimes plus classiques, c'est que certains des
18 effets d'une entente anticoncurrentielle, comme le
19 fait, par exemple, que des entreprises semblent
20 respecter systématiquement le territoire de leurs
21 concurrents, ça peut s'expliquer par un
22 comportement commercial parfaitement légitime. Une
23 entreprise peut, par exemple, décider toute seule,
24 en toute légalité, de pas aller chercher la
25 clientèle de l'autre parce qu'elle sait fort bien,

1 par expérience ou par anticipation, que cette
2 démarche-là va déclencher une riposte de son
3 adversaire qui pourrait entraîner les deux
4 entreprises dans une guerre de prix trop... trop
5 coûteuse pour les deux.

6 Or, la Loi sur la concurrence, elle
7 n'oblige pas les entreprises à faire concurrence.
8 Elle fait qu'interdire les entreprises de
9 s'entendre pour faire échec à la concurrence. Et
10 puis les autorités de concurrence peuvent
11 évidemment pas être partout à la fois dans tous les
12 secteurs de l'économie à tenter d'écouter ce qui se
13 trame derrière des portes closes. Elles ont des
14 pouvoirs d'enquête considérables. Elles peuvent,
15 par exemple, effectuer des perquisitions, des
16 saisies, faire de l'écoute électronique et ses
17 pouvoirs doivent être exercés en conformité avec
18 les chartes, qui, de manière générale, n'autorisent
19 les atteintes prononcées aux attentes de vie
20 privée des individus et des entreprises que s'il
21 existe un motif raisonnable de croire qu'un crime a
22 été commis.

23 Et donc, ce faisant, la plupart des
24 enquêtes en matière criminelle du Bureau de la
25 concurrence ou des autres agences, sont lancées à

1 la suite de dénonciations, par exemple, d'anciens
2 employés qui ont été congédiés et qui ont été
3 témoins d'activités illégales, mais surtout à la
4 suite du dépôt d'une demande d'immunité par une
5 entrep... ou de clémence par une entreprise qui a
6 elle-même pris part au complot et qui fournit à
7 l'agence la preuve dont elle a besoin,
8 l'information dont elle a besoin pour faire la
9 preuve du complot. Et puis c'est précisément pour
10 cette raison que les agences de concurrence
11 attachent une si grande importance à leur programme
12 de clémence.

13 En revanche, bien sûr, si personne ne
14 dénonce ou n'approche l'agence pour avouer son
15 crime, il y a beaucoup moins d'infractions qui vont
16 être détectées. En l'espèce aussi, je pense que les
17 difficultés particulières de détecter les cartels
18 ont été exacerbées, à mon avis, par une série
19 d'autres facteurs.

20 Et dans un premier temps, je pense que le
21 caractère limité des ressources du Bureau de la
22 concurrence doit être mentionné. Vous connaissez
23 les chiffres, le représentant du Bureau de la
24 concurrence les a mentionnés, le Bureau compte près
25 de quatre cents (400) employés. Cependant, moins

1 d'un cinquième de ceux-ci travaillent dans la
2 direction générale des affaires criminelles qui
3 s'occupe des cas de cartels. Cette direction-là,
4 des affaires criminelles, est évidemment
5 responsable de l'ensemble des cas de cartels dans
6 tous les secteurs de l'économie. Pas juste la
7 construction puis pas juste au Québec. Et puis par
8 ailleurs, il faut comprendre aussi qu'une part très
9 importante de ces... des effectifs de cette
10 division-là travaille à l'examen, souvent, de
11 cartels internationaux qui concernent des
12 entreprises étrangères qui vendent au Canada, sont
13 d'énormes dossiers qui sont souvent analysés en
14 parallèle avec d'autres juridictions de concurrence
15 et qui mobilisent beaucoup de ressources.

16 Au final, donc, selon ce que nous a dit le
17 représentant du Bureau, entre quinze (15) et vingt
18 pour cent (20 %) des enquêteurs de la division sont
19 généralement disponibles pour s'occuper des cas de
20 cartels au Québec. Donc, si on fait le pourcentage,
21 ça ferait entre dix (10) et quatorze (14)
22 personnes. Le nombre serait passé à vingt-cinq (25)
23 au cours des toutes dernières années à cause de
24 l'augmentation considérable de la charge de travail
25 suite à l'afflux de demandes d'immunité puis de

1 nouveaux dossiers.

2 Le Bureau de la concurrence a aussi des
3 bureaux régionaux. Certains ont été fermés dans les
4 dernières années. Celui de Montréal a été épargné,
5 mais il est également, à ma connaissance,
6 responsable du territoire des Maritimes. Et puis le
7 personnel de ce bureau régional est restreint et
8 compte, selon le représentant, six employés qui
9 s'occupent des cas de cartels. En outre, je
10 préciserais que dans ma pratique, j'ai toujours
11 considéré que le rôle joué par ce bureau régional
12 sur la place public était très effacé. En
13 conséquence, donc - je reviens -, la présence
14 régionale du Bureau sur le terrain me paraît
15 faible. En tout cas, il me semble manifeste à la
16 lecture de certains témoignages entendus que bon
17 nombre de joueurs ne craignait guère d'être embêté
18 par des agents du Bureau de la concurrence.

19 Un autre facteur qui, à mon avis, a
20 certainement contribué au fait que des cas de
21 soumission concertée ou de trucage d'offres soient
22 passés inaperçus, je pense, qui est important,
23 c'est qu'un nombre malheureusement non négligeable
24 d'entre eux, si l'on se fie aux témoignages
25 entendus lors des audiences, semble avoir été

1 orchestré avec la complicité ou peut-être la
2 complaisance de certains représentants des pouvoirs
3 publics, qui étaient en relation directe avec les
4 entreprises fautives.

5 Or, en matière de trucage d'offres, et puis
6 particulièrement au vu des difficultés de détection
7 puis des problèmes de ressources que je viens
8 d'évoquer, ce sont précisément ces personnes-là,
9 compte tenu de leur connaissance du marché, des
10 conditions de prix qui prévalent, des joueurs en
11 place, qui sont le mieux à même de détecter des
12 comportements suspects ou des anomalies dans le
13 processus d'octroi des contrats, de soupçonner
14 l'existence d'un cartel, d'alerter les autorités.
15 Ce sont ces personnes-là qui, en grande partie,
16 sont les chiens de garde de l'intégrité du
17 processus d'octroi des contrats et, sans leur
18 travail de surveillance, l'action répressive du
19 Bureau de la concurrence sera nécessairement
20 handicapé.

21 Ce qui m'a frappé, dans le cadre de son
22 témoignage, le représentant du Bureau de la
23 concurrence a d'ailleurs mentionné que, faute de
24 ressources nécessaires pour faire de la
25 surveillance, le Bureau se fait sur les donneurs

1 d'ouvrage pour faire cette analyse, lui signaler
2 des cas potentiellement problématiques.

3 Or, donc, on a beau avoir les sanctions
4 les plus sévères au monde, dans un contexte où le
5 Bureau parvient difficilement à jouer, donc, un
6 rôle plus proactif de surveillance, et doit souvent
7 se limiter à réagir au dépôt de demandes d'immunité
8 de compagnies qui viennent le voir, si le travail
9 de surveillance sur le terrain n'est pas accompli,
10 notamment parce que des acteurs clés, des donneurs
11 d'ouvrage, sont de connivence, les cartels
12 demeureront largement impunis.

13 Finalement, le dernier point. Il est
14 manifeste également que le caractère criminel des
15 sanctions prévues dans la loi pour participer à un
16 complot ne simplifie pas le travail des autorités
17 de répression... le travail de détection et de
18 répression des autorités canadiennes. Donc, au
19 niveau de la détection, tel que je l'ai déjà
20 souligné, les ententes sont secrètes. Lorsque la
21 preuve testimoniale n'est pas disponible, le simple
22 soupçon que les entreprises font de la collusion
23 seront généralement pas suffisants pour obtenir un
24 mandat de perquisition. Et donc, dès le stade de
25 l'enquête, le travail des autorités se heurte

1 souvent à des obstacles importants.

2 Et puis, deuxièmement, donc, au niveau de
3 la preuve de l'infraction, les autorités doivent
4 faire la preuve d'une véritable entente entre les
5 parties, et la preuve doit être faite hors de tout
6 doute raisonnable. Donc, la preuve colligée par le
7 Bureau doit être très étoffée. Et donc, tous ces
8 facteurs alourdissent et allongent nécessairement
9 les délais de l'enquête. Les juridictions,
10 notamment, européennes qui ont élaboré un régime
11 civil pour les infractions de concurrence n'ont pas
12 une tâche aussi lourde. Les représentants de ces
13 juridictions qu'on a rencontrés nous ont clairement
14 affirmé qu'ils accordaient beaucoup de valeur à la
15 flexibilité que leur accorde le régime. Puis,
16 d'ailleurs, si on examine les affaires dans les
17 juridictions européennes où il y a en parallèle un
18 volet civil et un volet criminel, c'est clairement
19 la voie civile qui est la plus utilisée.

20 Malgré tout ça, je pense que ça serait une
21 erreur de penser que le traitement civil des
22 infractions de concurrence est une panacée. Ces
23 infractions demeurent très difficiles à prouver,
24 même lorsque le fardeau de preuve est moins lourd.
25 Et je dois dire que rien, d'ailleurs, ne m'a permis

1 de penser que le caractère civil des régimes
2 européens leur a permis de détecter et de condamner
3 un nombre significativement plus élevé de cas de
4 complots.

5 Au final, quelque soit la nature du régime,
6 ce sont les programmes d'immunité et de clémence
7 qui ont permis aux autorités de concurrence de
8 détecter et de faire la preuve de la majorité des
9 cas de complots qu'ils ont examinés. Et puis, je
10 mentionnerais finalement qu'à ma connaissance, le
11 Bureau de la concurrence lui-même n'a jamais
12 publiquement remis en cause - et il avait la
13 parfaite occasion de le faire en deux mille neuf
14 (2009) lors de la réforme - le caractère criminel
15 des infractions de complots et de trucage d'offres,
16 malgré les difficultés additionnelles de preuve et
17 de procédure que ce régime entraîne. Il semble donc
18 que le Bureau considère que les difficultés
19 additionnelles de preuve et de procédure
20 qu'entraîne le caractère criminel de notre régime
21 est en quelque sorte le juste prix à payer pour
22 souligner la gravité de ces comportements.

23 La conclusion au niveau de mon bilan, je
24 dirais que, dans les forums internationaux, le
25 Canada fait figure de bon élève parmi les

1 juridictions occidentales de concurrence. La
2 participation à un complot, à un truquage d'offres
3 est frappée d'une interdiction pénale qui
4 s'applique tant aux entreprises qu'aux individus.
5 Les sanctions peuvent être sévères et, donc, on
6 s'inscrit totalement dans cette mouvance
7 internationale qui préconise la criminalisation des
8 infractions de concurrence.

9 Mais je pense que les témoignages entendus
10 dans le cadre des audiences ont permis de mettre en
11 lumière les limites d'un tel régime et, en
12 particulier, le manque de potentiel dissuasif que
13 son caractère criminel est sensé lui conférer
14 lorsque les autorités chargées de faire respecter
15 les règles ou, de manière plus générale, les
16 autorités qui devraient peut-être superviser aussi
17 l'intégrité du processus d'appel d'offres ont une
18 présence plus réduite sur le terrain.

19 Moi, je pense que ce manque de travail de
20 surveillance en amont, ce manque de visibilité,
21 jumelé dans certains cas, bien évidemment, soit à
22 la complicité de certains représentants des
23 donneurs d'ouvrage, soit parfois au manque de
24 ressources peut-être ou d'incitatifs des donneurs
25 d'ouvrage pour tenter de réagir à une situation

1 jugée problématique, a rendu plus difficile encore
2 la détection du comportement illicite et a permis à
3 une culture d'impunité et d'indifférence face au
4 respect des règles de s'implanter.

5 Alors, troisième et dernière partie. Vous
6 m'avez premièrement posé la question de savoir si
7 la création d'une institution québécoise de la
8 concurrence serait une bonne avenue pour améliorer
9 la détection et la sanction des pratiques
10 anticoncurrentielles dans l'octroi des contrats
11 publics de construction. Alors, je discute plus en
12 détail de ce point dans mon rapport écrit.

13 Je pense que pour résumer mon point de vue
14 sur cette question-là, je pense que si l'objectif
15 ici était de créer pour palier, peut-être, le
16 manque de résultat du régime fédéral, un régime
17 provincial de concurrence avec à sa tête une agence
18 qui aurait un mandat tout aussi large que celui du
19 Bureau de la concurrence ou du Bundeskartellamt
20 allemand ou de l'Autorité française de la
21 concurrence, qui sont des agences, donc, qui ont
22 comme mandat d'intervenir dans tous les secteurs de
23 l'économie toutes les fois où les entreprises
24 érigent par leur pratique ou comportement des
25 barrières artificielles au bon fonctionnement du

1 libre marché. Il s'agirait là, à mon sens, d'une
2 initiative qui, au-delà des enjeux juridiques
3 soulevés, nécessiterait évidemment un déploiement
4 considérable de ressources et je ne suis pas
5 certain qu'elle serait justifiée au regard du type
6 précis de problèmes sur lesquels les travaux de la
7 Commission ont fait la lumière.

8 Je pense, en revanche, en réponse à vos
9 questions subséquentes, que l'on pourrait
10 certainement envisager de prendre certaines mesures
11 intermédiaires. La portée de ces mesures serait
12 sans doute plus limitée, mais elle serait du même
13 coup plus ciblée et elle servirait précisément, je
14 pense, à combler les lacunes qui donc, à mon avis,
15 expliquent pour beaucoup les problèmes identifiés.

16 On pourrait, je pense, ainsi prévoir la
17 mise sur pied d'une agence dont le mandat serait
18 restreint à la seule question des rapports
19 contractuels entre l'État et les entreprises qui
20 lui fournissent des produits ou des services et
21 dont l'une des missions, elle pourrait en avoir
22 d'autres, serait de veiller à ce que les appels
23 d'offres publics aient été conclus en l'absence de
24 concertation ou d'ententes illicites préalables
25 entre entreprises sur le contenu des soumissions.

1 Et de ce point de vue, l'intérêt que
2 porterait l'agence sur les questions de concurrence
3 serait motivé non pas par des préoccupations
4 d'ordre macroéconomique ou de protection au sens
5 large des fondements de notre économie libérale,
6 comme c'est le cas pour le Bureau de la
7 concurrence, mais plus simplement par le souci de
8 s'assurer que le consentement donné par les
9 pouvoirs publics à l'établissement de rapports
10 contractuels n'a pas été vicié ou dupé par
11 l'existence de manoeuvres illicites en
12 soumissionnant.

13 L'agence serait ainsi constituée pour avoir
14 un rôle plus proactif de surveillance dans les
15 marchés dans lesquels les appels d'offres des
16 pouvoirs publics sont octroyé. Et, tel que discuté,
17 il s'agit d'un rôle que le Bureau de la concurrence
18 parvient difficilement à remplir. À ce titre,
19 l'agence pourrait exécuter un certain nombre
20 d'activités de terrain, procéder à des
21 vérifications aléatoires ou systématiques du
22 résultat des appels d'offres, analyser les
23 caractéristiques du marché, le nombre de joueurs
24 actuels et potentiels, vérifier les soumissions
25 déposées afin de déterminer dans quelle mesure elle

1 pourrait établir un schéma récurrent de répartition
2 de marché et, plus généralement, tenter de déceler
3 tout indice de comportement collusoire adopté par
4 les entreprises.

5 L'agence viendrait donc, en quelque sorte,
6 épauler et superviser le travail des donneurs
7 publics d'ouvrage et peut-être, en particulier, les
8 plus petites municipalités qui n'ont pas les
9 ressources pour procéder à ce genre de
10 surveillance. Et puis au terme de ces examens et
11 analyses, on pourrait concevoir que l'agence
12 pourrait, en cas de soupçon ou d'irrégularité ou de
13 constat, servir de courroie de transmission au
14 Bureau de la concurrence de l'information
15 recueillie afin de permettre à ce dernier, le cas
16 échéant, d'examiner l'affaire en vertu de ses
17 propres pouvoirs d'enquête.

18 L'Agence serait ainsi appelée à jouer un
19 rôle de chien de garde, à devenir, en d'autres
20 termes, les yeux et les oreilles du Bureau. Elle
21 viendrait ici compléter le travail du Bureau par le
22 déploiement de mesures de surveillance plus
23 proactives que ce qui existe dans les faits en
24 vertu du régime actuel.

25 Cela étant dit, vu le caractère secret et

1 difficilement détectable des ententes de truquage
2 d'offres, c'est clair, cette initiative ne
3 constituerait pas une panacée qui permettrait de
4 résoudre tous les problèmes, détecter tous les
5 complots, mais je pense que, à tout le moins, elle
6 aurait le mérite de signaler, plus que ça a été le
7 cas jusqu'à présent, aux entreprises l'intention de
8 l'État de les observer de beaucoup plus près.

9 Si vous voulez, c'est un... je vois ça un
10 peu comme l'installation d'un photo-radar sur le
11 bord d'une autoroute. C'est un ajout d'un chien de
12 garde qui permettrait d'adresser aux entreprises du
13 secteur le message qu'elles feront désormais
14 l'objet d'une surveillance serrée, ce qui
15 constituerait peut-être en soi une mesure de
16 dissuasion efficace. Et qui sait, cela en
17 inciterait peut-être certaines à aller voir le
18 Bureau si elles avaient le sentiment d'être
19 observées d'un peu trop près.

20 Je pense qu'il y a un parallèle à faire
21 entre les mesures qui sont proposées ici et la
22 conclusion d'ententes récentes, administratives,
23 entre le Bureau de la concurrence et d'autres
24 agences publiques tant fédérales que provinciales.
25 Je vais seulement les énumérer parce qu'elles ont

1 été présentées par le représentant du Bureau.

2 Je pense notamment au protocole d'entente
3 que le Bureau a signé en mai deux mille treize
4 (2013) avec le ministre fédéral des Travaux publics
5 et des Services gouvernement... le ministère
6 fédéral, pardon, des Travaux publics et des
7 Services gouvernementaux qui est la principale
8 agence responsable des approvisionnements du
9 gouvernement fédéral.

10 Je pense, entre autres, aussi à l'accord de
11 coopération que le Bureau a signé plus récemment
12 encore, en février deux mille quatorze (2014), avec
13 le Market Surveillance Administrator de l'Alberta,
14 une agence provinciale qui supervise les marchés de
15 l'énergie en Alberta. Donc, ce sont des initiatives
16 très très récentes de coopération.

17 Mais, aujourd'hui je voulais surtout
18 attirer votre attention sur un exemple que j'estime
19 très fructueux de collaboration entre agences
20 étatiques sur la scène étrangère.

21 C'est celles qui existent entre l'Autorité
22 française de la concurrence qui est basée à Paris
23 et ce qu'on appelle là-bas les Directions
24 régionales des entreprises de la concurrence, de la
25 consommation, du travail et de l'emploi, les

1 DIRECCTES - et c'est ce que je vais utiliser comme
2 acronyme - et qui sont réparties à travers le
3 territoire français. Il en a près d'une vingtaine
4 de DIRECCTES.

5 Disons que, en examinant les différents
6 régimes, ce qui m'a vraiment frappé au niveau du
7 régime français de concurrence, c'est que le régime
8 français m'a semblé particulièrement efficace dans
9 la détection de petits cartels à caractère très
10 local dont plusieurs concernaient des affaires de
11 truquage d'offres dans l'industrie de la
12 construction. Et ce bilan m'a paru d'autant plus
13 impressionnant que, dans la presque totalité de ces
14 cas, les dossiers n'avaient pas été portés à
15 l'attention des pouvoirs publics par le biais d'une
16 demande d'immunité. Donc, c'étaient des cas de
17 cartels que les autorités ont été capables de
18 démasquer d'elles-mêmes sans l'aide d'un délateur.

19 Et en examinant le régime, j'ai constaté
20 que si la presque totalité des pouvoirs
21 d'application des règles de concurrence, c'est-à-
22 dire les pouvoirs de sanction sont centralisés à
23 Paris. En revanche, les compétences en matière de
24 surveillance sont très décentralisées.

25 Les DIRECCTES ont en effet comme fonction

1 de s'assurer au niveau régional du respect par les
2 entreprises de leurs obligations légales
3 principalement dans les domaines de la concurrence,
4 de la protection du consommateur, de la sécurité
5 des consommateurs, mais en ce qui concerne la
6 concurrence, chacune des DIRECCTES emploie des
7 agents dont la mission est de surveiller les
8 marchés au niveau local et détecter toutes
9 pratiques des entreprises qui pourraient être
10 contraires aux règles du droit de la concurrence
11 français ou communautaire.

12 Et lorsqu'une pratique illicite est
13 soupçonnée, un dossier est monté puis est transmis
14 à Paris pour convaincre le rapporteur de l'Autorité
15 centrale, sur la base de la gravité et de la
16 concordance des indices recueillis, d'ouvrir une
17 enquête sur le comportement en cause.

18 Les agents des DIRECCTES jouent donc en
19 quelque sorte un rôle d'éclaireur et ils sont
20 appelés à nourrir l'Autorité centrale, qui n'a pas
21 de présence en région, de dossiers à portée plus
22 locale.

23 Les techniques employées par les agents de
24 DIRECCTES dans le cadre de leur mission de
25 détection sont de natures diverses. Alors, ils vont

1 recenser par exemple l'ensemble des appels d'offres
2 lancés dans la région en consultant les registres
3 publics sur lesquels ceux-ci doivent être annoncés.

4 Ils vont ensuite assister souvent aux
5 délibérations de ce qu'on appelle là-bas les
6 commissions d'appels d'offres qui examinent les
7 candidatures, les offres déposées puis qui
8 délibèrent sur l'attribution des marchés. Et donc,
9 les agents ont la possibilité de rencontrer, de
10 questionner non seulement les élus, mais surtout
11 les techniciens, les agents d'état qui ont bâti les
12 différents dossiers, qui ont répondu aux questions
13 et aux demandes de précision des entreprises qui
14 ont supervisé le cheminement du dossier.

15 Et puis évidemment, les DIRECTTES vont
16 aussi... peuvent aussi consulter tous les documents
17 déposés par les entreprises soumissionnaires,
18 procéder à un examen minutieux du résultat des
19 appels d'offres, vérifier les écarts de prix ou les
20 écarts entre l'estimation des coûts et les prix
21 offerts. Ou faire une analyse plus historique des
22 contrats publics accordés dans un secteur donné.
23 Observer, par exemple, l'évolution des prix ou la
24 stabilité des parts de marché entre les entreprises
25 qui soumissionnent régulièrement.

1 Donc, c'est un véritable travail de moine,
2 mais ça semble avoir porté fruit. En tout cas, les
3 représentations... les représentants de l'Autorité
4 centrale que nous avons rencontrés à Paris ont
5 souligné que pour eux, le travail de surveillance
6 locale effectué par les DIRECCTES leur était
7 absolument indispensable.

8 Je terminerai rapidement en disant que bon,
9 pour renforcer le rôle de surveillance de l'agence,
10 on pourrait bien sûr envisager d'aller plus loin,
11 examiner l'opportunité de lui octroyer certains
12 pouvoirs contraignants, je pense entre autres à la
13 production de documents, des pouvoirs d'inspection,
14 de perquisition qui, comme on l'a vu, sont
15 fondamentaux en matière d'enquête sur des
16 infractions de concurrence. Mais évidemment,
17 l'exercice de ces pouvoirs-là devrait... devra être
18 articulé en tenant compte des chartes.

19 Et puis finalement, on pourrait aussi
20 décider d'aller un cran plus loin, prévoir au sein
21 du nouveau régime la possibilité d'imposer des
22 sanctions pour les entreprises qui n'auraient pas
23 préparé leurs soumissions en toute indépendance.
24 Ces sanctions pourraient avoir un caractère pénal
25 ou alternativement, s'inspirer du modèle européen

1 et prévoir la possibilité d'imposer des sanctions
2 pécuniaires de nature administrative. Ça existe
3 maintenant de plus en plus dans de nombreuses lois
4 fédérales et provinciales, en matière de valeurs
5 mobilières, par exemple. Et ça permettrait à
6 l'agence québécoise de s'affranchir du... du carcan
7 criminel. Mais évidemment, attention toutefois si
8 on s'engage sur cette voie. Il est clair, à mon
9 sens, que l'introduction de sanctions pécuniaires
10 sévères au sein du régime pourrait soulever des
11 enjeux juridiques et pratiques importants de
12 dédoublement avec le régime fédéral qui va toujours
13 continuer à s'appliquer ici. La situation,
14 remarquez, serait peut-être pas inédite. Il
15 existerait d'autres cas où des normes édictées par
16 une loi fédérale sont dupliquées au niveau
17 provincial, puis je pense, entre autres, au domaine
18 de la publicité trompeuse. Et donc, il faudrait, en
19 tout cas, sûrement une volonté prononcée de
20 coopération entre les deux agences pour que les
21 deux régimes soient appliqués en parallèle de
22 manière efficace. Il y aurait des problèmes de
23 double... double sanction pour essentiellement le
24 comportement, je pense à des questions de conflit
25 en matière d'octroi d'immunité également.

1 Et donc, en conclusion, si j'avais... si
2 j'avais à résumer deux témoignages qui m'ont frappé
3 au cours des auditions, c'est que d'un côté, j'ai
4 le Bureau de la concurrence qui dit : « Je n'ai pas
5 les ressources pour faire de la surveillance de
6 terrain. Je travaille déjà à pleine capacité pour
7 m'occuper de mes dossiers d'enquête générés par des
8 demandes d'immunité et de clémence. Et je me fie
9 sur les donneurs d'ouvrage pour venir me signaler
10 des cas problématiques. » Et de l'autre côté, j'ai
11 des représentants des donneurs d'ouvrage qui nous
12 disent qu'ils n'ont pas le temps, ils ont pas les
13 moyens, ils ont pas les compétences pour gérer ce
14 genre de situation. Donc, il me semble qu'il y a un
15 trou que l'on pourrait combler par la création de
16 cette agence chargée justement de superviser le
17 respect de l'intégrité des appels d'offres puis
18 investie notamment d'une mission de surveillance et
19 de détection en matière de concurrence qui
20 viendrait compléter en amont au lieu de le
21 dupliquer le travail du Bureau.

22 J'apprenais, le... le weekend dernier que
23 la Suède, j'ai trouvé ça intéressant, la Suède
24 vient tout juste de fusionner son agence de
25 concurrence, son bureau de la concurrence avec

1 l'agence qui, jusque là, était chargée de
2 superviser le respect des règles d'attribution des
3 contrats publics. Et donc, c'est pas une mesure qui
4 pourrait être prise ici, évidemment, compte tenu de
5 notre structure fédérale, mais j'ai trouvé ça fort
6 intéressant parce que je me suis dit qu'il y a là
7 une reconnaissance de l'intérêt à rapprocher, de
8 manière plus formelle, institutionnelle, les
9 représentants des pouvoirs publics qui supervisent
10 l'attribution des contrats publics et ceux qui
11 tentent de protéger l'intégrité du processus,
12 notamment du point de vue de la concurrence. Alors
13 je vous remercie beaucoup de votre attention.

14 Me GENEVIÈVE CARTIER :

15 Q. **[127]** Merci beaucoup, Maître Comtois. J'avais
16 raison de présenter le professeur Comtois parce que
17 voilà un cours très intéressant sur le droit de la
18 concurrence d'ici et de l'étranger. Avant d'y aller
19 de questions d'approfondissement, j'aimerais qu'on
20 revienne sur un aspect de votre présentation qui
21 m'apparaît très important de mettre en évidence
22 parce qu'il a, je pense, semé un peu de confusion
23 dans certains commentaires qu'on a lus dans les
24 médias ou dans certaines réflexions à travers
25 certains témoignages; c'est la question des

1 recours... du régime civil de sanctions du...

2 R. Oui.

3 Q. **[128]** ... des infractions de concurrence. Donc, si
4 je comprends bien votre présentation, la réforme de
5 deux mille neuf (2009), de la Loi sur la
6 concurrence, a introduit des recours civils...

7 R. Oui, une disposition civile, oui.

8 Q. **[129]** ... pour une partie... pour un certain nombre
9 d'infractions mais qui ne touchent pas
10 véritablement les infractions de truquage d'offres
11 dont... qui font l'objet de...

12 R. Absolument. Ça a pas été l'objectif. Ce qu'on a
13 voulu... ce que j'ai expliqué c'est que l'Article
14 45, avant, avait une portée beaucoup trop large, et
15 pouvait s'appliquer tant aux infractions de types
16 injustifiables qu'aux autres types d'infractions
17 comme cette entente de...

18 Q. **[130]** De coopération...

19 R. ... coproduction.

20 Q. **[131]** ... oui.

21 Q. **[132]** Et ça... les entreprises disaient : « Ça a un
22 effet, » je veux dire... je vais... ça va... ça
23 risque... les entreprises qui veulent prendre aucun
24 risque, si tu leur dis : « Il y a un petit risque
25 que ça soit criminel mais je peux pas l'exclure; »

1 la disposition est rédigée de manière très large,
2 donc ça pourrait s'appliquer. Et donc, il y a des
3 gens qui disaient, bien c'est un frein un peu sur
4 le développement. Peut-être que ça décourage
5 certaines entreprises de faire de ententes qui, au
6 final, on un impact positif.

7 Donc, le problème, c'était la portée trop
8 large de l'article 45, et aussi le fardeau de
9 preuve trop élevé du Bureau de la concurrence parce
10 qu'il devait faire cette preuve de réduction de
11 concurrence induite. Et donc, on a enlevé « induite »
12 et on restreint 45, et la disposition civile a
13 vocation à s'appliquer à ce type d'entente-là...

14 Q. **[133]** Donc...

15 R. ... mais pas au cartel.

16 Q. **[134]** Donc, il est pas exact de dire que depuis
17 deux mille neuf (2009) on a un régime civil ou, en
18 tout cas, des infractions civiles qui nous
19 permettent d'attraper les cas de truquage d'offres.

20 R. Pas du tout.

21 Q. **[135]** Par ailleurs, vous dites, l'intérêt
22 d'introduire ce type de recours-là est, somme
23 toute, limité parce que de toute façon, la
24 difficulté... bien que ça nous permette de diminuer
25 le fardeau de preuve, la difficulté de détecter ces

1 problèmes-là est la même dans les deux cas, et que
2 certes, c'est plus difficile de faire une preuve
3 hors de tout doute, mais pour être capable de faire
4 une preuve selon la prépondérance des probabilités,
5 il faut avoir un début de preuve, donc le point de
6 départ reste aussi problématique dans...

7 R. Oui, écoutez...

8 Q. **[136]** ... un cas ou dans l'autre.

9 R. J'ai pas d'opinion très tranchée sur cette
10 question-là. Moi, j'ai pratiqué le droit de la
11 concurrence en Europe aussi. Je connais bien les
12 régimes civils; ça fonctionne très bien. Et, comme
13 je vous ai dit, les représentants ont dit qu'ils
14 appréciaient la flexibilité que ces régimes-là leur
15 accordent.

16 Il y a des gens qui disent : « Oui, mais
17 les régimes civils en Europe, c'est juste les
18 entreprises qui payent. Les individus sont pas
19 tenus responsables de leurs gestes. » Puis, je dois
20 dire que je suis un peu sensible aux arguments des
21 Américains qui disent que les infractions pénales,
22 la menace d'une peine d'emprisonnement, c'est un
23 facteur de dissuasion. Dans le cadre de ma
24 pratique, j'ai fait de nombreuses présentations à
25 des employés d'entreprises. Je leur ai expliqué le

1 droit de la concurrence. Tu leur parle d'amendes,
2 les gens prennent des notes, mais quand tu parles
3 de prison, oups! les oreilles se retroussent.

4 Et donc, moi, je pense qu'il y a un facteur
5 dissuasif important. Puis, je suis sensible, donc,
6 à l'argument des Américains, mais encore faut-il
7 prendre les mesures pour s'assurer que ces
8 sanctions-là sont connues et qu'on donne pas
9 l'impression aux gens que... comme pour...
10 lorsqu'on conduit à cent dix kilomètres heure
11 (110 km/h), il y en a pas de problème.

12 Q. **[137]** Quand vous parlez de l'intérêt des Européens
13 pour les recours civils en raison de la flexibilité
14 que ça procure...

15 R. Oui.

16 Q. **[138]** ... de quelle flexibilité parlez-vous?

17 R. Bien, le fardeau de preuve. Il y a aussi... il y a
18 une autre distinction dont j'ai pas parlé. Quand on
19 distingue les régimes européens d'ici, c'est
20 qu'ici, on est dans le domaine criminel, on est
21 dans le domaine du complot. Et les autorités ont à
22 faire la preuve d'une entente entre les compagnies.

23 Donc, c'est vraiment une rencontre de
24 volonté. Les Européens ont un concept plus souple.
25 Ils doivent faire la preuve selon la balance des

1 probabilités, pas nécessairement d'une entente. Il
2 y a aussi, ce qui est aussi visé c'est ce qui est
3 appelé là-bas les pratiques concertées et, donc,
4 c'est un terme un peu plus flou mais, en fait, ce
5 que ça vise, c'est une prise de contact entre les
6 entreprises qui, sans nécessairement déboucher sur
7 un accord, c'est une prise de contact par laquelle
8 l'entreprise va comme dévoiler à l'autre son, le
9 comportement qu'elle entend adopter dans le marché,
10 dans l'expectative que l'autre va réagir en
11 conséquence.

12 Donc, et c'est ce que nous expliquait le
13 représentant, c'est pas, ça s'éloigne pas
14 énormément de l'entente mais ça leur donne une...

15 Q. **[139]** Une petite marge de...

16 R. ... une plus grande marge de manoeuvre et, combinée
17 au...

18 Q. **[140]** Au fardeau de preuve.

19 R. ... fardeau de preuve, ils ont un peu plus de marge
20 de manoeuvre pour opérer.

21 Q. **[141]** D'accord. Je reviendrais aussi sur la
22 question de la connaissance à l'article 7. Vous
23 disiez...

24 R. 47, oui.

25 Q. **[142]** 47. Cet article-là dit que les ententes

1 anticoncurrentielles, par exemple...

2 R. Le truquage d'offres.

3 Q. [143] ... le truquage d'offres...

4 R. Oui.

5 Q. [144] ... ne peut pas, doit avoir été fait sans la
6 connaissance...

7 R. À l'insu, oui.

8 Q. [145] ... à l'insu. Alors c'est un élément qui a
9 suscité un certain nombre de...

10 R. Oui, je peux comprendre.

11 Q. [146] ... de questions dans notre contexte...

12 R. Oui.

13 Q. [147] ... puisque beaucoup de donneurs d'ouvrage
14 étaient, semble-t-il, ou en tout cas il y a des
15 allégations selon lesquelles ces donneurs d'ouvrage
16 avaient la connaissance de ces truquages d'offres
17 donc quel peut être l'impact ou quel est votre avis
18 sur l'impact de...

19 R. Bien, écoutez, il y a pas de jurisprudence sur
20 cette question-là sauf une, tout ce que j'ai trouvé
21 c'est une décision qui est quand même assez, qui
22 est pas récente, mil neuf cent quatre-vingt-deux
23 (1982), la Cour d'appel de l'Ontario et, en fait,
24 tout ce que ça précise, c'est que la communication,
25 donc la dénonciation de l'entente au donneur

1 d'ouvrage doit avoir été faite de manière expresse
2 et, donc, et que la connaissance de l'adjudicateur
3 de cette entente-là ne se présume pas du seul fait,
4 par exemple, que les soumissions sont identiques.
5 Je me souviens pas quels étaient les faits mais
6 l'idée c'est que ça doit être expresse, ça se
7 présume pas. C'est la seule décision qui interprète
8 ça. Mais vous avez raison, c'est sûr que c'est une
9 question qui, puis qui va refaire surface puis va
10 se trouver au coeur de nombreux débats judiciaires
11 j'ai l'impression.

12 Ma compréhension, et donc ça, c'est mon
13 interprétation, c'est que, et c'est pour ça que je
14 disais que l'historique un peu des dispositions est
15 important. C'est que, avant la réforme, 47 était la
16 seule disposition qui créait une interdiction
17 automatique. Donc, si tu prouvais que les ententes,
18 les compagnies s'étaient entendues sur le prix de
19 leur soumission, criminel.

20 Q. **[148]** Criminel.

21 R. Ce qui était pas le cas, donc, de 45. Et ma
22 compréhension, c'est que ça a été fait pour exclure
23 les consortiums parce que voilà un cas où tu avais
24 deux entreprises, peut-être concurrentes, qui
25 décidaient de se mettre ensemble pour des raisons

1 peut-être parfaitement légitimes, raisons, la
2 commande est trop grosse, elles ont un manque de
3 capacité, donc elles se mettent ensemble donc
4 forcément, elles se sont entendues sur le prix de
5 leur soumission.

6 Et, moi, je pense qu'on voulait s'assurer,
7 en créant cette exception-là, que les cas de
8 consortiums allaient pas être, oops, happés
9 automatiquement par l'interdiction criminelle. Bon,
10 ça, c'est mon interprétation et donc, moi, je pense
11 pas que 47, que cette exception-là a été inclus
12 pour exclure les cas de truquage d'offres qui se
13 font avec la connivence...

14 Q. **[149]** La complicité.

15 R. ... de certains représentants des pouvoirs publics.
16 Cela étant dit, je veux dire, la disposition est
17 là, c'est ça qui est écrit et moi, ce que je
18 plaiderais, c'est qu'il faut à tout le moins, quand
19 on parle de la connaissance de l'adjudicateur, du
20 donneur d'ouvrage, en mon sens, c'est de l'entité,
21 je sais pas en droit municipal mais c'est de
22 l'entité juridique, que ce soit le conseil de ville
23 ou le, qui accorde les contrats.

24 Q. **[150]** C'est la connaissance de cette institution-là
25 et non pas de...

1 R. Bien, il me semble.

2 Q. **[151]** O.K.

3 R. C'est pas un représentant, je pense pas qu'on peut
4 imputer sa connaissance à lui à celle du conseil de
5 ville.

6 Q. **[152]** Hum, hum.

7 R. Donc, moi, c'est ça que je plaiderais.

8 Q. **[153]** Enfin, c'est intéressant d'avoir votre avis
9 là-dessus parce que c'est une question qui s'est
10 posée. De façon...

11 R. C'est sûr que ça va refaire surface.

12 Q. **[154]** De façon, en fait, sur un thème un peu
13 différent, vous dites qu'il y a un certain nombre,
14 en fait, quand vous expliquez le bilan du, de
15 l'application du droit de la concurrence dans les
16 dernières années, vous parliez d'un certain nombre
17 d'incitatifs ou de l'absence d'un certain nombre
18 d'incitatifs à dénoncer ou à porter à la
19 connaissance du Bureau, donc du Bureau de la
20 concurrence un certain nombre de... de problèmes.

21 Dans bien des cas, probablement que les
22 donneurs d'ouvrage peuvent constater des problèmes
23 ou soupçonner un certain nombre de problèmes.
24 Pensez-vous que les donneurs d'ouvrage sont un peu
25 pris dans ces situations-là dans le sens où ils ont

1 peu d'incitatifs à dénoncer? Il faut que les
2 travaux se fassent...

3 R. Absolument.

4 Q. **[155]** ... quand on dénonce... donc, est-ce qu'il y
5 a là une espèce de... de... ça peut être
6 problématique de se fier sur les donneurs d'ouvrage
7 à cause du fait qu'ils sont un peu pris, en fait,
8 dans cette situation?

9 R. Bien, je pense que oui, vous soulevez un bon point,
10 là, je... je fais pas de criminologie ou de
11 psychologie criminelle, mais je... il me semble...
12 je... il me semble que les... les donneurs
13 d'ouvrage avaient peut-être, effectivement, peu
14 d'incitatifs à dénoncer, au contraire, je peux voir
15 ça peut peut-être soulever une série de problèmes,
16 provoquer des retards dans l'échéancier, le pont se
17 construira pas, c'est des coûts supplémentaires
18 pour les contribuables, donc je vois... je pense
19 que c'était le représentant de la commission
20 européenne qui nous avait dit qu'il se mettait à la
21 place du... du représentant des pouvoirs publics et
22 disait : « What's in it for me? » Le problème,
23 c'est que les infractions de concurrence sont
24 souvent qualifiées, on appelle ça des « Victim list
25 crimes ».

1 C'est que, qui est la victime d'un
2 comportement dans... on le sait très bien, il y en
3 a une victime, c'est le contribuable en bout de
4 ligne. Mais c'est... c'est évidemment fort
5 différent d'un... d'un crime classique, donc
6 c'est... c'est la difficulté de ce type de crime-
7 là, c'est que c'est l'absence d'une... d'une
8 victime individuelle subissant un préjudice
9 suffisamment direct et concret pour trouver la
10 motivation de se plaindre. Donc effectivement, oui,
11 je pense qu'il y avait un problème à ce niveau...

12 Q. **[156]** Donc...

13 R. ... je veux dire pas un problème, je pense que
14 c'est... on constate que... je vois mal le type
15 d'incitatif.

16 Q. **[157]** En ce sens-là...

17 R. À moins d'en créer.

18 Q. **[158]** C'est ça. Donc, en ce sens-là, cette réalité-
19 là de la difficulté dans laquelle sont placés les
20 donneurs d'ouvrage et je pose l'hypothèse,
21 évidemment, qu'ils sont pas complices de ce qui se
22 passe mais dans un cas où ils sont tout à fait
23 soucieux du respect de la loi, et caetera, donc il
24 va falloir tenir compte, nous, dans nos
25 recommandations, si je comprends bien la façon dont

1 vous faites le diagnostic de cette contrainte-là du
2 fait que ça va être difficile de se fier à... au
3 donneur d'ouvrage pour... uniquement, enfin...

4 R. Oui.

5 Q. **[159]** ... on verra, mais parce qu'ils sont pris un
6 peu dans... ils sont dans une situation un peu...
7 un peu délicate.

8 R. Absolument, mais c'est pour ça aussi que, quand je
9 parle d'agence de surveillance, c'est aussi pour
10 ça. C'est pour suppléer ce manque d'incitatifs.
11 C'est pas seulement pour aider le Bureau, mais
12 c'est aussi pour faire de la supervision au niveau
13 des représentants des pouvoirs publics. Là aussi,
14 je me suis évidemment pas attaqué à cette question-
15 là, mais il y a eu de graves lacunes aussi à ce
16 niveau-là.

17 Q. **[160]** Oui.

18 R. Il y a eu un manque de surveillance évident à ce
19 niveau-là aussi.

20 Q. **[161]** Sur la question des programmes de... de
21 clémence et des... les programmes d'immunité et de
22 clémence, vous faites bien ressortir dans votre...
23 dans votre présentation et dans vos rapports que ce
24 sont des programmes cruciaux...

25 R. Oui.

1 Q. **[162]** ... dans la détection des cas de cartels, des
2 cas de... et donc, que c'est très difficile de
3 faire l'économie de ces programmes-là si on veut
4 qu'un programme de surveillance des marchés
5 fonctionne, en tout cas, ou des mesures favorisant
6 la concurrence fonctionnent. C'est donc dire que
7 lorsque la Commission verra à proposer des mesures
8 institutionnelles visant à prévenir ou détecter les
9 problèmes auxquels elle est confrontée, la
10 Commission devra s'assurer de ne pas mettre en
11 péril...

12 R. Oui, c'est fondamental.

13 Q. **[163]** ... l'efficacité de ces programmes-là. Alors
14 quel type de piège faut-il éviter? Comment...

15 R. Bien, je pense... je pense notamment à... puis
16 c'est pas un point sur lequel j'ai... je me suis
17 penché dans... dans mon rapport, là, mais je peux
18 en parler quand même un peu sur ce que je connais,
19 là, mais... parce que ça a été mentionné aussi par
20 le... le représentant du Bureau de la concurrence.
21 Tous ces nouveaux régimes au Québec de
22 disqualification qui sont arrivés dans les
23 dernières années, et puis... bon, premièrement je
24 pense... il y aurait... mais j'entrerais pas dans
25 les détails. Je pense qu'il y aurait lieu de faire

1 un certain ménage là-dedans, là, parce qu'on a
2 des... trois, quatre registres avec des conditions
3 d'application un peu différentes. Je pense qu'il y
4 aurait moyen de faire quelque chose d'un peu plus
5 serré. Mais surtout, j'ai bien noté la... le
6 problème avec ces registres-là c'est que, si la
7 compagnie a demandé l'immunité, il y a pas de
8 problème; elle se fera jamais accuser. Donc, elle
9 aurait pas été trouvée coupable d'avoir enfreint la
10 Loi sur la concurrence. Par contre, les demandeurs
11 de clémence, eux, sont obligés de quand même
12 plaider coupable. Et donc, eux vont être reconnus,
13 et donc ça les disqualifie en vertu de ces régimes-
14 là.

15 Je comprends tout à fait l'idée derrière
16 ces régimes-là. À un moment donné, aussi, tu veux
17 lancer le message que les compagnies doivent être
18 un peu... subir les conséquences de leurs actes.
19 Donc, je comprends tout à fait ça. Mais, en même
20 temps, si en créant ces modalités-là... et c'est
21 parce que le représentant du Bureau nous dit :
22 « Bien, les gens viennent plus nous parler parce
23 qu'il y a plus personne qui veut demander la
24 clémence, parce qu'il va se faire disqualifier pour
25 les cinq, » ou je sais pas combien d'années c'est.

1 Non, mais c'est clair que... c'est clair que ces
2 registres-là, ils ont un effet dissuasif très
3 important. Ça, c'est très clair. Je pense que
4 c'est... mais je pense qu'il faut commencer à
5 penser, si on veut maintenir ce genre de registre-
6 là, il faut penser à des solutions pour faire
7 coexister ces deux objectifs-là qui sont peut-être
8 contradictoires.

9 Je remarquais, et c'est intéressant, la
10 Commission européenne a adopté une directive
11 récemment, en février deux mille quatorze (2014),
12 sur les contrats publics.

13 Et donc, une directive, en droit européen,
14 ce que ça fait, c'est que ça force les états
15 membres à harmoniser leurs droits internes pour
16 qu'ils respectent certains critères de base.

17 Et donc, c'est une directive qui est
18 vraiment très volumineuse sur l'octroi public des
19 contrats, et caetera. Je rentrerai pas dans le
20 détail mais il y a une section de la directive qui
21 traite de ces régimes-là de disqualification. Et ce
22 que la directive fait, c'est qu'elle dit : « Vous,
23 les états membres, vous allez prévoir un régime de
24 disqualification avec, d'une part, des motifs
25 obligatoires de disqualification, » et là, c'est la

1 participation à une organisation criminelle,
2 corruption, fraude, blanchiment de capitaux,
3 notamment, et je pense qu'il y a le travail des
4 enfants aussi, il faut que ça soit par... donc, les
5 entreprises qui ont participé, qui ont commis ces
6 infractions-là, puis que ça soit déclaré par
7 jugement définitif.

8 Et, par ailleurs, la directive prévoit
9 aussi un certain nombre de motifs facultatifs
10 d'exclusion. Et j'entends par « facultatifs », les
11 états membres peuvent décider ou pas de
12 disqualifier une entreprise pour ces raisons-là. Et
13 donc, en ce qui concerne la concurrence, c'est que
14 le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments
15 suffisamment plausibles pour conclure que
16 l'opérateur économique a conclu des accords avec
17 d'autres opérateurs économiques en vue de fausser
18 la concurrence. Donc, ça, c'est un motif facultatif
19 d'exclusion.

20 Mais ce qui est intéressant, c'est que la
21 directive oblige les états membres en plus à
22 introduire un processus... j'ai pas trouvé de terme
23 français, ça vient du droit allemand; en anglais on
24 appelle ça « self cleaning », c'est comme un
25 mécanisme...

1 Q. **[164]** De purification.

2 R. ... de purification. Et ce qu'on dit aux états
3 membres, c'est que : « Oui, vous allez prévoir la
4 disqualification de ces entreprises-là mais vous
5 allez aussi prévoir la possibilité pour les
6 entreprises, avant les cinq, six ans de
7 disqualification, de les remettre... de les
8 exempter, » si vous voulez, « si elles vous font la
9 preuve qu'elles ont pris les mesures nécessaires
10 pour corriger le tort qu'elles ont fait. » Et la
11 directive mentionne, donc, versements d'indemnités
12 aux victimes, clarifier totalement les faits, les
13 circonstances, en collaborant activement avec les
14 autorités chargées de l'enquête... ont pris des
15 mesures concrètes, de nature technique,
16 organisationnelles en matière de personnel, donc
17 probablement renvoi des employés qui ont participé
18 au complot.

19 Donc, vous allez permettre aux entreprises
20 qui ont pris les mesures de les remettre dans le
21 circuit. Parce que, je veux dire, on est... c'est
22 pas mieux si tout le monde est disqualifié, on
23 n'est pas plus avancé. Il y a pas plus de... on n'a
24 plus de concurrence.

25 Q. **[165]** On diminue la concurrence...

1 R. Donc, je trouvais... bref, je trouvais que c'était
2 une formule intéressante parce que je trouve que ça
3 permet de concilier des objectifs des fois
4 contradictoires. Donc, ce genre de mécanisme-là,
5 une entreprise qui fait une demande de clémence,
6 souvent, elle doit remplir ces conditions-là que je
7 viens d'énumérer donc voilà une façon de faire
8 coexister ces régimes-là pour que ça soit pas
9 contre-productif.

10 Q. **[166]** Donc, la difficulté actuellement ça serait
11 que coexiste un régime qui, d'une part, dit « Venez
12 vous adresser au bureau...

13 R. Oui, mais, par ailleurs, vous aurez plus de
14 contrats pendant cinq ans.

15 Q. **[167]** C'est ça. Alors le problème c'est peut-être
16 le caractère trop radical du régime, en fait, la
17 conséquence trop radicale qui découle de nos
18 régimes de disqualification. Donc, il y a là, vous
19 dites, effectivement, un effort d'harmonisation.

20 R. Bien il me semble que... Oui, de...

21 Q. **[168]** Étant entendu que, puis c'est un peu ce que
22 je veux confirmer avec vous mais ça ressort de
23 votre présentation, c'est essentiel qu'on
24 maintienne les programmes d'immunité et de clémence
25 parce que, là, on recule alors c'est pratiquement

1 une des, c'est une des principales...

2 R. Absolument. Bien...

3 Q. **[169]** ... pistes qu'on a.

4 R. ... vous avez vu aux États-Unis, quatre-vingt-dix
5 pour cent (90 %) des amendes...

6 Q. **[170]** C'est assez évocateur.

7 R. Si on enlève ça.

8 Q. **[171]** Je me concentrerais maintenant sur votre
9 proposition de cette instance, cette agence,
10 appelons ça la, vous l'appellez l'agence, je pense,
11 dans votre rapport, cette agence provinciale qui
12 agirait en complémentarité, en collaboration avec
13 le Bureau de la concurrence fédéral et il y a un
14 élément intéressant que, bien, il y a plusieurs
15 éléments intéressants dans votre présentation mais,
16 un élément intéressant sur la création de cette
17 agence-là, c'est que vous dites la simple existence
18 « sa simple existence constituerait un effet
19 dissuasif, contribuerait à l'effet dissuasif ».

20 R. Oui, je veux dire, j'ai pas, je peux difficilement
21 quantifier mais il me semble que quand j'entends
22 les témoignages au sein de la Commission, il me
23 semble qu'il y a là le problème, ce sentiment que
24 les règles sont pas vraiment appliquées et puis, et
25 donc je me dis d'avoir une agence, justement, qui

1 envoie le message que les gens sont surveillés de
2 près, ça risque d'avoir, il me semble que les
3 entreprises vont avoir plus l'impression que les
4 risques de se faire prendre sont plus élevés.

5 Q. **[172]** Hum, hum.

6 R. S'il y a quelqu'un qui les talonne, qui leur pose
7 des questions, qui, plutôt qu'un bureau qui nous
8 dit « J'ai pas les ressources puis, moi, bien, les
9 gens viennent me voir puis là, je suis occupé à
10 capacité. ». C'est pour ça que je parle du trou.

11 Q. **[173]** Et pensez-vous que, parce que vous évoquiez à
12 la toute fin la question de doter cette agence-là
13 de pouvoirs d'enquête...

14 R. Hum, hum.

15 Q. **[174]** ... ou de sanction. Croyez-vous que dans, si
16 on pose l'hypothèse qu'on se limite essentiellement
17 à conférer à cette agence-là un rôle de
18 surveillance...

19 R. Hum, hum.

20 Q. **[175]** ... sans lui confier de pouvoir de sanction,
21 posons cette hypothèse-là, donc quelle réunion,
22 quelles conditions faut-il réunir pour que ça
23 fonctionne? Ça prendrait une volonté, certainement,
24 du Bureau de la concurrence de collaborer. Vous
25 avez donné des exemples de cette volonté-là, elle a

1 signé des protocoles d'entente avec le ministère.

2 R. Oui, oui.

3 Q. **[176]** Et ça prendrait aussi une expertise, je
4 dirais locale, ou en fait, des antennes locales.

5 R. Oui, non, ça prendrait des gens qui sont
6 sensibilisés aux questions de droit de la
7 concurrence.

8 Q. **[177]** Et quel genre de, concrètement, parce que
9 j'essaie d'imaginer dans la vie comment ça peut
10 fonctionner, donc concrètement, et vous avez parlé
11 de l'expérience française, qu'est-ce qui fait que
12 ces DIRECCTES dont vous avez parlé...

13 R. Oui.

14 Q. **[178]** ... sont en mesure de détecter dans une
15 proportion quand même assez impressionnante de
16 petits cartels régionaux sans faire appel aux
17 programmes d'immunité et de clémence? C'est leur
18 expérience du milieu de la construction?

19 R. Oui, oui.

20 Q. **[179]** Ce sont des...

21 R. C'est des gens, j'en ai rencontré un, c'est des
22 gens qui ont une connaissance très, très, très
23 pointue des marchés qu'ils sont en train d'étudier.
24 Ils connaissent parfaitement le secteur de la
25 construction, c'est surtout ça qui les intéresse -

1 une connaissance très pointue de ces marchés-là
2 puis une grande sensibilité aux questions de
3 concurrence également.

4 Donc, c'est un background économique, une
5 connaissance des joueurs et ils font, comme je l'ai
6 dit, un travail de moine - ils épluchent et ils
7 parlent beaucoup aux donneurs d'ouvrage. Ils
8 mentionnaient, par exemple, souvent, ils disent,
9 souvent c'est par, au niveau des truquages
10 d'offres, le phénomène, la façon que c'est mis en
11 application, c'est souvent par des, on appelle ça
12 des « offres de couverture ». Donc, il y a une
13 entreprise qui est vraiment intéressée puis les
14 autres lui disent « bon, bien, cette fois-ci, on te
15 laisse passer, donc combien... combien... c'est
16 quoi ta soumission, puis je vais m'organiser pour
17 soumissionner plus haut, donc je ne gagnerai pas le
18 contrat. » Et lui, ce qu'il disait, c'est que
19 souvent ces compagnies-là - parce que ça coûte très
20 cher répondre à un appel d'offres - lui, il disait
21 « souvent ces compagnies-là qui font des offres de
22 couverture posent pas de question au donneur
23 d'ouvrage, elles sont comme pas vraiment
24 intéressées. »

25 Souvent il dit « c'est comme ça, c'est en

1 parlant au donneur d'ouvrage, le genre de questions
2 qui lui sont posées, qui est-ce qui te pose des
3 questions? Qui c'est... » donc il dit « c'est comme
4 ça qu'on commence à faire des filons. » Mais, il
5 appelle ça travailler, il dit « on travaille notre
6 indice. » Donc, c'est... c'est vraiment un travail
7 de terrain, mais il dit, il dit « c'est pas facile,
8 puis les compagnies sont de plus en plus
9 sophistiquées puis... » mais en tout cas,
10 objectivement je trouvais que ça donnait des
11 résultats.

12 Q. **[180]** Est-ce que vous avez des questions pour
13 maître Comtois? J'en aurais peut-être une dernière.

14 R. Oui.

15 Q. **[181]** Évidemment, on vit dans un monde globalisé,
16 dit-on, en fait, on entend ça à l'occasion. Donc,
17 on sait qu'il y a des entreprises multinationales
18 qui viennent potentiellement ou qui pourraient
19 venir potentiellement faire des travaux au Québec.

20 R. Hum, hum.

21 Q. **[182]** Est-ce que vous voyez, spécifiquement sur
22 cette question-là, sur la... la présence ou la...
23 la concurrence avec des compagnies étrangères qui
24 pourraient peut-être faire de la concurrence,
25 c'est-à-dire de la collusion ou faire partie d'un

1 cartel à l'étranger, est-ce qu'à votre avis c'est
2 un... un enjeu qui devrait intéresser la
3 Commission?

4 Ce n'était pas l'objet de votre... de votre
5 rapport, mais votre expérience en droit de la
6 concurrence, vous indique-t-elle que cette réalité
7 globalisante disons devrait aussi être une
8 préoccupation et qu'on devrait prendre des mesures
9 particulières à la fois pour encourager la
10 concurrence, bien sûr, mais pour aussi peut-être se
11 protéger contre le fait que des entreprises
12 étrangères puissent commettre des... des...
13 puissent faire des mesures...

14 R. Mais...

15 Q. **[183]** ... anticoncurrentielles à l'étranger et
16 viennent importer ces pratiques chez nous?

17 R. Ah! Je pense qu'elles n'ont pas besoin de les
18 importer, on avait déjà des bonnes, de très bons
19 mécanismes ici. Je... Moi, j'ai pas... j'ai pas ce
20 point de vue-là par rapport à la concurrence
21 étrangère.

22 Au contraire, je pense que... on l'a vu et
23 surtout dans ces secteurs-là, surtout dans ces
24 marchés - et là je ne parle pas nécessairement de
25 concurrence étrangère, mais... - dans ces petits

1 marchés régionaux-là, ce genre de cartels-là,
2 j'appelle ça des... c'est des cartels de tournoi de
3 golf. C'est des gens qui se connaissent. Et donc
4 c'est pour ça que c'est récurrent dans l'industrie
5 de la construction. C'est connu, il y en a partout,
6 hein! C'est pas juste ici.

7 Q. **[184]** Hum, hum.

8 R. C'est des gens qui se connaissent, c'est des...
9 c'est des gros montants, c'est des grosses sommes
10 d'argent en jeu. C'est des contrats récurrents,
11 donc, c'est comme c'est facile de se partager la
12 tarte parce qu'on sait qu'il y en a une autre qui
13 va arriver dans trois mois, puis c'est des gens qui
14 se connaissent. Quand il y a quelqu'un de
15 l'extérieur qui arrive, c'est un peu un loup dans
16 la bergerie, là.

17 Q. **[185]** Hum, hum. Hum, hum.

18 R. Donc, on déstabilise un peu. Et donc, moi, je pense
19 que - et c'est là que je disais un peu, des fois,
20 les objectifs de la Loi sur la concurrence puis des
21 politiques de développement régionales, des fois
22 elles sont en contradiction. Mais, moi, je dis du
23 point de vue du droit de la concurrence, plus tu
24 permets aux autres de venir, mieux c'est. Tu
25 déstabilises les marchés puis tu déstabilises les

1 façons de faire.

2 Des gens qui savent pas comment... comment
3 ça fonctionne puis qu'ils arrivent puis vraiment
4 ils offrent... ils présentent une offre
5 concurrentielle. Donc, moi, au contraire, je vois
6 ça d'un bon oeil.

7 Puis je vois ça, oui, c'est vrai que... on
8 sait qu'il y a beaucoup de compagnies étrangères
9 qui ont été accusées en Europe, aux États-Unis de
10 faire de la collusion. Mais, encore une fois, et
11 peut-être que je me trompe, mais mon expérience,
12 c'est que ces cartels-là au niveau de la
13 construction ou d'autres marchés de nature... ça
14 vient pas du siège social de Berlin. C'est des...
15 c'est des cartels qui sont... qui sont faits de
16 manière... au niveau régional. Puis au contraire...

17 Et d'ailleurs, je trouvais ça intéressant.
18 Justement, cette globalisation-là, le fait qu'il y
19 a des entreprises ici qui peuvent passer sous
20 contrôle étranger ou le contraire, fait en sorte
21 que les entreprises qui ont eu des... des problèmes
22 avec les autorités de concurrence dans leur
23 juridiction peuvent peut-être sensibiliser les
24 entreprises ici.

25 Puis moi, je veux dire, je peux pas donner

1 de détails, mais j'en ai eu des expériences
2 personnelles lors de ma pratique. Une entreprise
3 québécoise qui a fait l'objet d'une acquisition par
4 une entreprise étrangère qui avait eu des problèmes
5 de concurrence importants à l'étranger. Et la
6 première chose qu'ils ont fait, c'est qu'ils ont
7 envoyé les avocats venir faire un audit ici à
8 l'intérieur de la compagnie québécoise pour voir
9 « il y a-tu un problème » et, oups, ils ont
10 découvert un problème.

11 Q. [186] Hum, hum.

12 R. Donc, là, il nous a contacté et puis finalement ça
13 a débouché sur une demande d'immunité. Donc, ça
14 peut jouer dans ce sens-là aussi.

15 Donc, l'expérience qu'elles ont eue peut
16 aussi encourager les... On l'a vu aussi, un
17 représentant, je pense, c'était de la compagnie
18 Aecom qui disait « ils se sont fait acheter par une
19 société américaine, puis là tout à coup il y a des
20 avocats qui sont arrivés et leur ont imposé un Code
21 d'éthique » puis il a dit « wow! Est-ce qu'il faut
22 que je signe ça parce que ça correspond comme pas
23 vraiment à ce que j'ai fait jusqu'à présent »
24 t'sais.

25 Q. [187] Hum, hum.

1 R. Donc, ça peut être...

2 Q. **[188]** Donc, on est...

3 R. ... ça peut être positif aussi donc.

4 Q. **[189]** On n'importerait pas que des problèmes. On
5 pourrait...

6 R. Non, je pense qu'on peut...

7 Q. **[190]** ... apporter un certain nombre de solutions.

8 R. ... importer aussi, oui, une expérience, je dirais.

9 Q. **[191]** Merci beaucoup, Maître Comtois...

10 R. Avec plaisir.

11 Q. **[192]** ... de votre présentation très intéressante
12 sur un sujet qui est au coeur de notre mandat et
13 surtout pour les solutions originales et très... à
14 la fois très... très réfléchies sur le plan des
15 principes, mais aussi très concrètes dans leur
16 application.

17 Donc, je pense que ce sera très très utile
18 pour nous dans les prochaines semaines.

19 R. Bien, je vous remercie, puis ça a été un honneur de
20 collaborer aux travaux de la Commission. Merci.

21 Q. **[193]** Merci beaucoup.

22 ((15:36:12))

23 LA PRÉSIDENTE :

24 On vous remercie infiniment pour tous les rapports
25 que vous avez faits pour nous. Merci.

1 R. Merci.

2 Me GENEVIÈVE CARTIER :

3 Merci.

4

5

6

1 SERMENT

2 Nous, soussignées, ODETTE GAGNON et DANIELLE
3 BERGERON sténographes officielles, certifions que
4 les pages qui précèdent sont et contiennent la
5 transcription fidèle et exacte de l'enregistrement
6 numérique, le tout hors de notre contrôle et au
7 meilleur de la qualité dudit enregistrement.

8

9 Le tout conformément à la loi.

10

11 Et nous avons signé,

12

13

14

15 _____
Odette Gagnon (Tableau #202129-3)

16 Sténographe officielle

17

18

19

20 _____
Danielle Bergeron (Tableau #289077-1)

21 Sténographe officielle

22