



Bulletin CCH municipal de décembre 2010, Volume 12, No 4

Le Bulletin CCH municipal de décembre 2010, Volume 12, No 4, comprend les articles suivants :

- [La Cour supérieure peut-elle contrôler la décision d'un organisme public quant à la détermination de ses propres besoins en matière contractuelle ?](#)
- [Marchés publics dans le milieu municipal : rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux et modifications législatives subséquentes](#)
- [Exiger le remboursement des frais de formation à un employé : est-ce possible?](#)
- [Le juge administratif, interprète du Code civil](#)

Publié par CCH à 09:46  

La Cour supérieure peut-elle contrôler la décision d'un organisme public quant à la détermination de ses propres besoins en matière contractuelle ?

par Me Nicholas Jobidon, avocat, Tremblay Bois Mignault Lemay (Collaboration spéciale)

Pour mener à bien les diverses missions qui leur sont confiées par le législateur, les organismes publics concluent fréquemment des contrats afin de s'approvisionner en matériel de bureau, notamment des logiciels informatiques. Les droits d'utilisation des logiciels utilisés dans ce domaine sont cédés par le biais de licences par Microsoft et l'immense majorité des organismes publics fonctionnent aujourd'hui avec les logiciels de cette compagnie. Maintenant que certains produits, plus particulièrement le système d'exploitation Linux, sont en mesure d'opposer une compétition à ce géant, les organismes publics doivent-ils pour autant les considérer ?

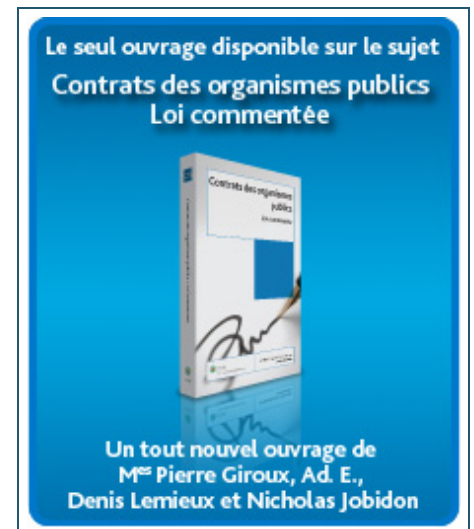
La Cour supérieure vient de répondre à cette question dans l'affaire *Savoir-Faire Linux*, obligeant un organisme public à mieux justifier ses besoins.

Faits/Contexte :

Le 21 décembre 2007, la Régie des rentes du Québec (la Régie) a publié un avis d'intention à l'effet qu'elle mettrait à jour son parc informatique avec les versions plus récentes de la suite Microsoft Office (par. 26). Compte tenu du fait que l'unique fabricant de ce produit était Microsoft, la Régie désirait procéder à l'achat de ces produits sans appel d'offres (par. 30 *in fine*). En effet, la Régie considérait que se limiter aux produits Microsoft permettrait de « minimiser les coûts et les impacts du changement auprès de ses employés » et d'assurer la continuité des opérations (par. 30), notamment relativement à la compatibilité des données déjà existantes.

Un autre entrepreneur, la demanderesse *Savoir-faire Linux inc.*, contestait cette décision de la Régie au motif que les produits informatiques développés à partir du système d'exploitation Linux pouvaient combler les besoins de la Régie; elle alléguait également que ses produits étaient pleinement compatibles avec les systèmes Microsoft utilisés par la Régie des rentes. Malgré cette opposition, la Régie a placé une commande pour des licences Microsoft auprès d'un des distributeurs ayant déposé un prix ferme dans le cadre d'un appel d'offres ouvert du Centre de services partagés.

Savoir-faire Linux a donc institué une requête en jugement déclaratoire visant à faire déclarer que :



la Régie des rentes du Québec (la Régie) a agi illégalement en procédant sans appel d'offres relativement à l'octroi d'un contrat visant le renouvellement de sa plate-forme informatique (par. 1)

Jugé :

Le juge Denis Jacques a accueilli cette requête. Les trois moyens préliminaires qu'avaient soulevés la défenderesse et Microsoft ont été rejetés, à savoir le délai pour l'introduction du recours (par. 80), le caractère théorique du recours (par. 94) puisque le contrat avait déjà été octroyé, ainsi que l'absence d'intérêt de Linux (par. 118).

L'argument principal du demandeur concerne la question de fait de l'absence ou l'insuffisance de la « recherche sérieuse et documentée » nécessaire lorsqu'un organisme décide accorder le contrat à un fournisseur unique. Or, selon la Cour, le résultat de cette recherche « sérieuse et documentée » de la Régie se résume à une série d'articles sur le logiciel libre « *qui n'établit rien de spécifique quant à la réponse aux besoins de la Régie* » (par. 145). De plus, bien que la Régie avait établi une veille technologique, aucune analyse n'a été faite de l'information recueillie (par. 146).

La Cour a donc conclu en quelque sorte que la recherche de la Régie se limitait à un remue-méninge d'arguments en faveur du produit Microsoft (par. 153). La Régie aurait « improvisé » sa recherche sérieuse et documentée (par. 158) afin de répondre aux arguments de Savoir-Faire Linux. L'expertise d'un employé de CGI préparée à la demande de la Régie (par. 160) n'a en outre pas été déposée.

L'argument selon lequel les employés de la Régie sont familiers avec les logiciels Microsoft n'a pas davantage été retenu puisque cet argument permettrait à un organisme public d'exiger continuellement le renouvellement d'un même produit, consacrant ainsi un monopole au fournisseur de ce produit (par. 176). Quant à l'argument relié aux coûts de formation associés au changement de système d'exploitation, les chiffres reliés à ces coûts n'ont été formulés que 10 mois après la prise de la décision de recourir uniquement aux produits Microsoft (par. 141, 178). Finalement, la défenderesse avait également soulevé la possibilité qu'un contrat puisse être octroyé sans appel d'offres lorsqu'il s'agit d'une mise à niveau des logiciels (par. 195). Cet argument a également été rejeté par la Cour après examen des faits mis en preuve, la Cour concluant (par. 200) que l'opération constituait davantage une migration ou un renouvellement du parc informatique.

La Cour rappelle également que l'appel d'offres permet de favoriser la concurrence et obtenir le meilleur rapport qualité/prix dans l'intérêt des contribuables (par. 188). En effet, un appel d'offres aurait permis de mettre en concurrence des fournisseurs qui auraient pu proposer des solutions originales (par. 170). Dans un *obiter dictum*, le juge note que cet appel d'offres de la Régie « aurait dû faire état des fonctionnalités recherchées par la Régie » plutôt que d'exiger une marque de commerce précise (par. 172).

Finalement, comme le contrat était déjà exécuté au moment de prononcer le jugement, il aurait été déraisonnable de l'annuler mais les conclusions déclaratoires ont été accordées. La Cour a déclaré notamment que la Régie des rentes aurait dû procéder par appel d'offres et qu'elle « a agi illégalement en arrêtant son choix à un fournisseur, Microsoft ... ».

Commentaires :

Cette affaire amène plusieurs commentaires. D'abord, il importe de préciser que le contrat pour les produits Microsoft a été attribué de gré à gré par l'intermédiaire du portail du Centre de services partagés (par. 64). Le but du recours était non seulement de faire reconnaître que la Régie avait agi illégalement mais aussi d'exercer une forme de contrôle judiciaire, par le véhicule qu'est la requête en jugement déclaratoire, de la décision de la Régie de mettre à jour ses logiciels Microsoft plutôt que de réviser entièrement les logiciels utilisés.

Ensuite, il importe de rappeler qu'un organisme public dispose d'une large discrétion pour déterminer ses propres besoins. Les organes de l'Administration ont effectivement le pouvoir de régir leurs affaires internes et ce pouvoir sera généralement à l'abri de toute intervention judiciaire (1) sans toutefois y échapper complètement :

Somme toute, j'estime que le principe voulant que les pouvoirs d'approvisionnement échappent au contrôle judiciaire ne devrait pas s'appliquer aux municipalités. Si une municipalité exerce son pouvoir de dépenser les deniers publics à des fins ou d'une manière illégitimes, sa conduite devrait alors être assujettie au contrôle judiciaire (2).

C'est pourquoi la jurisprudence permet habituellement aux organismes publics de choisir un produit unique mais non un fournisseur unique (3); afin de sélectionner un produit spécifique, la Cour pourra exiger de l'organisme public (4) qu'il ait effectué des démarches objectives afin de déterminer que le produit spécifique répondait à ses besoins.

Lorsque cette condition est remplie, la Cour considérera normalement que l'organisme public a exercé sa discrétion valablement. Dans l'hypothèse où un organisme public dépasserait les limites de cette discrétion, la Cour supérieure devrait normalement indiquer la teneur (voire l'existence) de cette limite à l'organisme public et lui retourner le dossier afin qu'il reprenne la bonne décision, à moins que suite au jugement une seule décision ne soit possible (5) ou que l'organisme n'ait fait preuve de mauvaise foi ou de partialité (6).

L'exception du fournisseur unique est pratiquement la même dans l'ancien règlement de 2000 (7) et dans la nouvelle *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q. c. C-65.1 (par. 112); tous deux utilisent le critère de la recherche sérieuse et documentée (par. 113). Il n'est donc pas exclu que cette affaire fasse jurisprudence sous la nouvelle loi, à laquelle le juge se réfère d'ailleurs.

Finalement, ce jugement illustre bien l'importance que conserve la preuve de la bonne foi de l'organisme public. En effet, les démarches de la Régie postérieures à la prise de décision tendant à bonifier son bien-fondé ont été très mal perçues par la Cour (8).

La discrétion d'un organisme public de déterminer ses propres besoins n'est pas sans limite. Elle est encadrée entre autres par l'obligation de procéder à une recherche sérieuse et documentée lorsque le produit sélectionné ne peut faire l'objet d'un appel d'offres. Comme toute autre décision prise par un organisme public, la décision de sélectionner un produit particulier peut faire l'objet du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. L'affaire *Linux* n'a toutefois pas pour effet de remplacer le principe fondamental selon lequel un organisme public est maître d'établir ses propres besoins.

Quant aux conséquences de ce jugement sur les choix des organismes publics en matière d'approvisionnement en matériel informatique, il est intéressant de noter que suite au jugement, la Société de Transports de Montréal s'est référé à ce jugement pour suspendre un appel d'offres visant l'acquisition de licences Microsoft (9). De plus, suite à ce jugement, le Secrétariat du Conseil du trésor a publié un Bulletin d'interprétation enjoignant les organismes publics de décrire les produits recherchés par des critères reliés à la performance plutôt que par leur marque, ainsi que d'accepter les « produits équivalents », dans leurs appels d'offres pour travaux de construction (10).



Savoir-faire Linux inc. c. Québec (Régie des rentes)
2010 QCCS 2375
Réf. : ¶16-475, ¶18-470

Note : Le cabinet Tremblay, Bois, Mignault, Lemay représentait le Centre des services partagés dans ce dossier.

1. *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1871, par. 34; Voir aussi P. Garant, *Droit administratif*, 6e éd., Les éditions Yvon Blais, 2010, p. 396-398.
2. *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p 23 (juge McLachlin, dissidente sur d'autres motifs); S. Arrowsmith, *Government Procurement and Judicial Review* (1988), aux pp. 10 à 21.
3. Voir par exemple l'affaire *Soprema inc. c. Commission scolaire du Chemin-du-Roy*, EYB 2009-161283 (C.S.).
4. *Les Équipements Lefco inc. c. MRC de La Nouvelle-Beauce*, EYB 2007-129763 (C.S.); Voir aussi *Les équipements Diesel Abitibi inc. c. Ville de Val-d'Or*,

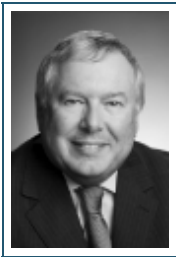
[1981] C.S. 434.

5. *Québec (Commission de protection du territoire agricole) c. Turmel*, [1987] R.J.Q. 1945 (C.A.).
6. *Chanteur c. Ordre des audioprothésistes (Québec)*, [1996] R.J.Q. 539 (C.A.).
7. *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et organismes publics*, (2000) 132 G.O. II, 5635, c. A-6.01, r. 0.03.
8. Voir à ce sujet *Alstom Canada c. Société de transport de Montréal*, EYB 2008-127808 (C.S.).
9. Cyberpresse, 2 septembre 2010, [en ligne], [<http://www.cyberpresse.ca/le-soleil/actualites/science-et-technologie/201009/02/01-4311870-logiciels-la-stm-suspend-son-appel-doffres.php>].
10. BIMP RCTC 5-1, 28 octobre 2010, [en ligne], [<http://www.tresor.gouv.qc.ca/en/publications/public-procurement/bimp/rctc-5-1-28-octobre-2010/>].

Publié par CCH à 09:21  

Libellés : [Contrats des organismes publics](#)

Marchés publics dans le milieu municipal : rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux et modifications législatives subséquentes



par [Me Denis Lemieux](#) et [Me Pierre Giroux](#)

Le 16 avril dernier, M. Laurent Lessard, ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire (le ministre) rendait public le rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux(1). Le ministre n'a pas tardé à y donner suite puisqu'il a fait modifier certaines dispositions législatives applicables à l'octroi des contrats des organismes municipaux(2).

Dans le présent texte, nous limiterons toutefois les références aux modifications apportées à la *Loi sur les cités et villes* et au *Code municipal*.

Contexte : Plan d'intervention relatif à l'octroi des contrats d'organismes municipaux

À la suite d'allégations concernant l'octroi de certains contrats par des municipalités, en particulier par la Ville de Montréal, le gouvernement du Québec a réagi. Le ministre a élaboré et publié un « *Plan d'intervention relatif à l'octroi des contrats d'organismes municipaux* » prévoyant en outre le dépôt d'un projet de loi afin de resserrer les règles pour l'octroi des contrats municipaux et de renforcer les pouvoirs de vérification du ministre des Affaires municipales des Régions et de l'Occupation du territoire (MAMROT). La formation d'un Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux s'inscrivait dans ce plan d'intervention.

Le 2 décembre 2009, le ministre a donc annoncé la formation d'un Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux composé de six membres soit un représentant de la Fédération Québécoise des Municipalités (FQM), un représentant de l'Union des municipalités du Québec, un représentant de la Ville de Montréal ainsi que de deux experts dont l'un est un ancien secrétaire général associé du Conseil du trésor qui avait mis sur pied la réforme des règles sur les contrats des organismes publics(3); le groupe était présidé par M. Guy Coulombe qui, au cours de sa carrière, a occupé les plus hautes fonctions dans l'Administration publique québécoise dont celle de secrétaire général du Conseil exécutif et celle de président-directeur général d'Hydro-Québec; enfin, une employée permanente occupant un poste de professionnel au ministère des Affaires municipales a agi comme secrétaire du Groupe-conseil(4).

Mandat du Groupe-conseil

Le Groupe-conseil a été mandaté par le ministre pour :

- examiner les règles et les pratiques actuelles d'adjudication des contrats municipaux;
- recenser les expériences étrangères;
- formuler des recommandations au ministre concernant les améliorations à apporter au régime actuel, y compris sur les modèles de gouvernance et les meilleures pratiques en matière de processus contractuel(5).

Conformément au mandat confié aux membres du Groupe-conseil, un Rapport a été déposé au ministre le 31 mars 2010. Tel que mentionné plus haut, le ministre l'a rendu public le 16 avril. Le rapport qui fait plus d'une centaine de pages avec les annexes est disponible sur le site Internet du MAMROT.

Les activités du Groupe-conseil

Le Groupe-conseil a obtenu la plus grande collaboration des représentants du MAMROT et du secrétariat du Conseil du trésor. Il a pu obtenir les informations, renseignements et documents lui permettant, notamment, de constater l'importance de l'activité contractuelle de l'ensemble du secteur public québécois.

De plus, le Groupe-conseil a rencontré de nombreux représentants de groupes, associations et entités tant du secteur privé que du secteur public et a examiné de nombreux documents dont certains ont été préparés pour les fins des travaux du Groupe-conseil.

Il importe ici de mentionner que le Groupe-conseil n'était pas une commission d'enquête et ne disposait pas de moyens d'enquête. Il ne s'agissait pas d'examiner les circonstances entourant l'octroi de tel ou tel contrat, ni de vérifier le bien-fondé de certaines allégations relativement au rôle joué par certaines personnes dans l'octroi d'un ou de plusieurs contrats.

Le Groupe-conseil a dû tenir compte du fait que le projet de loi no 76, *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant principalement le processus d'attribution des contrats des organismes municipaux* a été adopté et sanctionné le 1er mars 2010 soit trente (30) jours avant la fin de ses travaux. Cela n'a pas empêché le Groupe-conseil d'accomplir son mandat en suggérant, le cas échéant, que des modifications législatives soient apportées à certaines dispositions introduites par ce projet de loi. Il nous apparaît important d'ouvrir ici une parenthèse pour traiter des grandes lignes de ce projet de loi no 76 à propos duquel le Groupe-conseil a suggéré d'apporter des modifications.

Le projet de loi no 76, *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant principalement le processus d'attribution des contrats des organismes municipaux*

Il importe d'abord de mentionner que les principes sous-jacents aux modifications législatives sont essentiellement la libre concurrence et la transparence. On a voulu en quelque sorte éviter que ne se reproduisent certaines situations qui ont été dénoncées à des médias; ainsi, certains s'étaient plaints des pressions qu'ils ont subies, voire de l'intimidation, pour avoir simplement déposé une soumission en réponse à un appel d'offres public. Ce genre de comportement était de nature non seulement à limiter la concurrence mais également à porter atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres.

En substance, les grandes lignes du projet de loi no 76 peuvent se résumer comme suit :

1. interdiction de divulguer, avant le dépôt et l'ouverture des soumissions, certains renseignements concernant le nombre et l'identité des personnes qui ont demandé les documents d'appels d'offres; par amendement en Commission parlementaire, cette prohibition s'est limitée aux élus et aux employés des municipalités;
2. estimation préalable du prix du contrat dans le cas d'un contrat de plus de 100 000 \$;



3. publication sur le site Internet de la municipalité de renseignements concernant l'octroi de contrats de plus de 25 000 \$ y compris la publication de l'identité de chacun des soumissionnaires, du prix soumis par chacun et de la mention, pour chaque soumission, de sa conformité;
4. aucun paiement lié à un contrat comportant une dépense de 25 000 \$ et plus et ayant pour effet que plus de 10 % de cette dépense soit payée ne peut être effectué avant que ne soient publiés les renseignements mentionnés plus haut et interdiction d'effectuer le paiement final sans avoir publié le montant total de la dépense effectivement faite;
5. pouvoir de vérification et d'enquête du ministre et des personnes qu'il peut désigner pour vérifier la conformité de l'octroi des contrats aux règles imposées par la loi et les règlements;
6. obligation pour chaque municipalité d'adopter une politique de gestion contractuelle qui doit être accessible en tout temps et publiée sur le site Internet de la municipalité, politique qui doit comprendre :
 - des mesures visant à assurer que tout soumissionnaire ou l'un de ses représentants n'a pas communiqué ou tenté de communiquer, dans le but de l'influencer, avec un des membres du comité de sélection relativement à la demande de soumissions pour laquelle il a présenté une soumission;
 - des mesures favorisant le respect des lois applicables qui visent à lutter contre le truquage des offres;
 - des mesures visant à assurer le respect de la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme* (chapitre T-11.011) et du *Code de déontologie des lobbyistes* adopté en vertu de cette loi;
 - des mesures ayant pour but de prévenir les gestes d'intimidation, de trafic d'influence ou de corruption;
 - des mesures ayant pour but de prévenir les situations de conflit d'intérêts;
 - des mesures ayant pour but de prévenir toute autre situation susceptible de compromettre l'impartialité et l'objectivité du processus de demandes de soumissions et la gestion du contrat qui en résulte.

Le rapport du Groupe-conseil

Il importe d'abord de signaler que malgré que les membres du Groupe-conseil proviennent de différents milieux, disposent de connaissances diverses et d'expériences variées, le rapport transmis au ministre est unanime.

Devant l'ampleur de la tâche et l'impossibilité d'examiner en détail tous les problèmes reliés à l'octroi des contrats municipaux et d'envisager toutes les solutions possibles, le Groupe-conseil a fait des choix et a proposé certaines solutions tout en indiquant au ministre l'importance de poursuivre des travaux pour une réforme et une refonte des règles applicables à l'octroi des contrats municipaux.

Le rapport, qui comporte 4 chapitres, fait d'abord état de l'importance de l'activité contractuelle du secteur public au Québec : pour l'année 2008, on estime la valeur des marchés publics des organismes gouvernementaux, ce qui comprend les ministères et organismes du gouvernement, les organismes du réseau de l'éducation et du réseau de la santé ainsi que les organismes municipaux et paramunicipaux, à 22,7 milliards de dollars pour les contrats d'approvisionnement, les contrats de services et les contrats de construction, dont 8 milliards pour les organismes municipaux et paramunicipaux(6).

Au premier chapitre intitulé « *Les marchés publics* », on a brièvement présenté l'encadrement des marchés publics, en particulier au Québec, en faisant état des objectifs visés soit accroître la concurrence et agir dans l'intérêt de la collectivité. On fait également état des principes complémentaires qui sous-tendent les politiques contractuelles soit l'accessibilité de l'information, la transparence dans le processus d'attribution des contrats ainsi que l'équité et l'intégrité des règles qui doivent être appliquées de façon uniforme et impartiale. On signale également l'importance d'une bonne gestion du processus, ce qui exige des procédures efficaces et efficientes, en commençant par une définition adéquate des besoins de l'organisme, la vigilance pour connaître les risques qui pèsent sur l'intégrité du processus et les façons de contrer les comportements répréhensibles; à cela s'ajoutent la reddition de comptes et l'imputabilité des

dirigeants à l'égard de l'utilisation des fonds publics(7).

Au chapitre deux intitulé « *Le monde municipal et les marchés publics* », on fait d'abord état de l'importance de l'activité contractuelle des organismes municipaux par rapport à leurs dépenses totales. Ainsi, en 2008, les dépenses de nature contractuelle des organismes municipaux représentaient près de 50 % des dépenses consolidées des organismes municipaux, le pourcentage variant en fonction notamment de la grosseur des municipalités (mesurée par leur population). Au cours de l'année 2008, les organismes municipaux auraient octroyé plus de 6 000 contrats assujettis à la procédure d'appel d'offres public, soit les contrats de plus 100 000 \$(8). Dans ce chapitre, on présente également le cadre normatif régissant les organismes municipaux en matière contractuelle, d'abord en faisant état de la procédure d'appel d'offres public et de la procédure d'appel d'offres sur invitation actuellement applicables; ensuite, en traitant brièvement des nouvelles règles résultant du projet de loi 76, puis en comparant le régime juridique applicable aux organismes municipaux par rapport à celui applicable aux organismes publics pour terminer avec un survol de l'encadrement des marchés publics des municipalités dans les autres provinces canadiennes(9).

Au chapitre trois intitulé « *Pour une meilleure gestion du processus contractuel dans le milieu municipal* », le Groupe-conseil a ciblé des problèmes précis résultant de l'application des dispositions législatives et réglementaires applicables aux organismes municipaux ainsi que de leur pratique contractuelle pour faire des recommandations précises et concrètes. En certains cas, compte tenu de l'importance de certaines questions et du délai imparti pour mener à bien ses travaux et faire rapport, le Groupe-conseil a énoncé des pistes de réflexion qui pourraient faire partie des travaux à être confiés à un autre groupe disposant de moyens et surtout de délais suffisants pour revoir en profondeur les dispositions législatives et réglementaires applicables à l'octroi des contrats par les organismes municipaux, comme le Conseil du trésor l'a fait pour en arriver à la plus importante réforme des règles d'octroi des contrats applicables aux organismes publics des trois réseaux (gouvernemental, éducation et santé).

Dans ce chapitre, le Groupe-conseil a fait 16 recommandations et a identifié 5 pistes de réflexion. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le législateur a donné suite à certaines recommandations formulées par le Groupe-conseil par l'adoption du projet de loi 102, *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale* qui, comme nous l'avons dit plus haut, a été sanctionnée le 11 juin 2010.

Outre, la recommandation de reporter l'échéance établie par le projet de loi 76 pour la publication par les municipalités sur le site Internet de certains renseignements et pour l'adoption d'une politique de gestion contractuelle - ce que le législateur a retenu, en partie(10) - on peut regrouper les différentes recommandations en 9 points.

1- La vente et la distribution des documents d'appel d'offres par le site Internet SEAO.

Le Groupe-conseil a constaté que la majorité des organismes municipaux n'avaient pas recours au service de vente et de distribution des documents offert par le site Internet SEAO. Les organismes municipaux avaient recours au SEAO pour la publication des avis d'appel d'offres qui devaient ainsi être publiés afin de se conformer aux exigences de la loi et en application des accords de libéralisation des marchés publics. La plupart des organismes municipaux vendaient eux-mêmes les documents d'appel d'offres ce qui obligeait les entreprises intéressées à soumissionner, à aller chercher les documents d'appel d'offres soit à l'hôtel de ville ou chez les mandataires des municipalités (firmes d'architectes ou de génie-conseil dans le cas des contrats de travaux de construction), contrairement à la pratique des organismes publics assujettis à la *Loi sur les contrats des organismes publics*.

Le Groupe-conseil a donc recommandé que la vente et la distribution des documents d'appel d'offres public des organismes municipaux se fassent obligatoirement par le SEAO afin de favoriser une plus grande accessibilité aux contrats et une meilleure concurrence(11). En effet, cette façon de procéder pourra permettre d'accroître la concurrence puisque qu'elle facilite l'accès aux documents d'appel d'offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés pourront, malgré la distance, examiner le détail des documents d'appel d'offres et des plans; ils pourront rapidement choisir les projets ou les

contrats qui les intéressent et qu'ils ont la capacité d'exécuter sans avoir à se déplacer pour l'obtention des documents d'appel d'offres puisqu'ils pourront les commander et les payer en ligne puis les recevoir également par le système Internet.

Cette recommandation a été retenue et a donné lieu à des modifications législatives(12).

2- L'interdiction de divulguer, avant l'ouverture des soumissions où la conclusion du contrat, les noms des personnes ayant demandé les documents d'appel d'offres.

Cette interdiction établie par le projet de loi 76, bien que visant uniquement les élus et les employés de la municipalité, entraînait des difficultés importantes dans le cas de l'octroi de contrats comportant de la sous-traitance plus particulièrement dans le domaine des travaux de construction où les entrepreneurs généraux appelés à soumissionner doivent, pour compléter leur soumission, compter sur l'obtention de prix fournis par des sous-traitants dans diverses spécialités, souvent par le truchement du Bureau des soumissions déposées du Québec (BSDQ). L'interdiction de divulgation du nom des soumissionnaires potentiels visait à empêcher la collusion entre différents entrepreneurs pour la fixation de prix. Toutefois, cette mesure avait pour effet de limiter la concurrence dans la mesure où elle empêchait des sous-traitants d'identifier les entrepreneurs généraux à qui ils voulaient acheminer leur soumission, lorsque l'on considère que la sous-traitance peut représenter un pourcentage important des contrats de travaux de construction particulièrement dans le domaine du bâtiment.

Le Groupe-conseil a également signalé que l'interdiction de divulgation, avant l'ouverture des soumissions ou la conclusion du contrat, de l'identité des personnes qui ont demandé des documents d'appel d'offres posaient d'autres problèmes. Ainsi, on pouvait difficilement concilier cette interdiction avec la divulgation nécessaire de l'identité des personnes invitées à soumissionner lorsqu'une municipalité dans le cadre d'un appel d'offres sur invitation doit, par résolution adoptée en séance publique du conseil, désigner les entrepreneurs ou les fournisseurs qui seront invités. Une autre difficulté provenait de la tenue de réunion d'information ou de visite de chantier afin de donner une information plus complète aux soumissionnaires avant qu'ils ne déposent leur soumission, puisque telles réunions doivent avoir lieu en présence de tous les intéressés afin de s'assurer que tous les soumissionnaires reçoivent la même information conformément à l'obligation de l'auteur de l'appel d'offres de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité et de façon équitable.

Le Groupe-conseil a longuement examiné la question de l'interdiction de divulgation du nom des soumissionnaires potentiels, a pris en compte que la pratique suivie par les donneurs d'ouvrage n'était pas uniforme et a considéré que les intervenants rencontrés faisaient presque l'unanimité sur l'incidence négative de cette interdiction à l'égard de la concurrence au niveau de la sous-traitance à l'exception du Bureau de la concurrence qui de façon subsidiaire a toutefois indiqué les précautions à prendre si telle interdiction de divulgation devait être levée, notamment un exigeant des soumissionnaires des déclarations concernant le respect des dispositions législatives qui prohibent la collusion et le trucage d'offres(13).

Le Groupe-conseil a recommandé que la loi soit modifiée de telle sorte que l'interdiction de divulguer le nombre et l'identité des soumissionnaires potentiels s'applique à toute personne, à l'exception du SEAO, et uniquement à son égard, lorsqu'un soumissionnaire potentiel l'autorise lors de la demande des documents d'appel d'offres au SEAO. Il a également recommandé que les organismes municipaux puissent, préalablement à l'ouverture des soumissions, requérir la présence obligatoire des soumissionnaires potentiels à une visite de chantier ou à une réunion d'information uniquement en cas de nécessité, motivée par la nature et la complexité d'un projet, et sur autorisation des autorités compétentes. Enfin, il a suggéré de poursuivre la réflexion en priorité afin de résoudre le conflit qui oppose le mode de désignation des personnes invitées à soumissionner, lorsque telle désignation doit être faite par résolution du conseil, et la règle de l'interdiction de publier l'identité des soumissionnaires potentiels, selon l'une ou l'autre des pistes de solutions émises, ou toute autre solution qui n'aurait pas été envisagée(14).

La recommandation concernant l'interdiction de divulgation sous réserve de la volonté du soumissionnaire d'indiquer au SEAO lorsqu'il demande les documents d'appel d'offres, que son nom puisse être publié, a été retenue et des modifications législatives ont été apportées(15).

3- La publication des renseignements sur le site Internet SEAO.

À la suite du projet de loi no 76, les organismes municipaux devaient publier des renseignements relatifs aux contrats qui comportent une dépense d'au moins 25 000 \$ sur leur site Internet. Dans le cas où une municipalité ne dispose pas d'un tel site Internet, la publication devrait se faire sur celui de la MRC et, à défaut par cette dernière d'en posséder un, sur un autre site.

Plusieurs commentaires ont été faits à l'égard des obligations qui en résultent pour chacune des municipalités. Le Groupe-conseil a donc recommandé de recourir au site Internet SEAO pour la publication des renseignements relatifs aux contrats de façon à éviter aux milliers d'organismes municipaux de devoir configurer autant de nouvelles applications pour publier leurs listes de contrats(16). De plus, d'autres avantages étaient reliés à la publication de ses renseignements par tous les organismes municipaux sur un site unique, dont la possibilité de standardiser la présentation des renseignements, la création des banques de données riches et utiles notamment au ministère et à d'autres observateurs pour avoir une vision globale des contrats conclus par les organismes municipaux. En somme, l'obligation de publier les renseignements sur le site du SEAO permettra de bâtir un véritable système d'information sur les marchés publics au Québec, au bénéfice de tous les intervenants concernés.

Cette recommandation a été suivie et des modifications législatives ont été apportées par le projet de loi 102. Il est intéressant de signaler que pour l'accessibilité aux renseignements sur les contrats publiés sur le site SEAO, le législateur a exigé que chaque municipalité publie en permanence sur son site Internet une mention concernant la publication sur le site SEAO et un hyperlien permettant d'accéder aux renseignements relatifs aux contrats comportant une dépense d'au moins 25 000 \$(17).

4- Option offerte aux municipalités pour l'octroi de contrats de services professionnels.

L'octroi de contrats de services professionnels de plus de 25 000 \$ requiert le recours à une procédure permettant d'évaluer en premier lieu les aspects qualitatifs de la candidature du fournisseur selon des critères préétablis et communiqués à l'ensemble des fournisseurs et, le cas échéant, si la note de passage est atteinte, de prendre connaissance du prix exigé par le fournisseur (soumis dans une enveloppe séparée). Le Groupe-Conseil a recommandé que les organismes municipaux puissent choisir de recourir à un mode de sélection additionnel basé uniquement sur la compétence lorsqu'un tarif gouvernemental ou ministériel est établi à l'égard des services visés et que le prix des contrats attribués dans le cadre de ce processus soit fixé en fonction du tarif approuvé par le gouvernement ou le ministre(18).

5- Comité de sélection.

Le Groupe-conseil a recommandé que le ministère et ses partenaires prennent les mesures nécessaires pour offrir aux secrétaires de comités de sélection une formation adéquate sur leurs rôles et responsabilités, et s'assurent qu'ils bénéficient d'une formation continue et d'une documentation pertinente sur le cadre normatif entourant la gestion contractuelle ainsi que sur l'évolution des normes dans ce domaine. Le Groupe-conseil a également recommandé qu'un guide explicatif soit élaboré par le ministère et ses partenaires sur les modes et règles d'adjudication de contrats, de même que sur les principales responsabilités qui doivent être assumées par un membre au sein d'un comité de sélection(19).

6- Annulation de l'appel d'offres et négociation avec les soumissionnaires.

Plusieurs intervenants ont demandé de recommander l'adoption de disposition législative permettant aux municipalités de rejeter toutes les soumissions et de procéder à un nouvel appel d'offres sans avoir à justifier les motifs de l'annulation de l'appel d'offres. On a également demandé au Groupe-conseil de recommander que la loi soit modifiée afin de permettre à une municipalité de négocier le prix du contrat avec le plus bas soumissionnaire même dans les cas où la municipalité a reçu plusieurs soumissions conformes alors qu'actuellement la loi permet uniquement de conclure un contrat à un prix moindre que celui proposé dans la seule soumission conforme.

Le Groupe-conseil n'a pas jugé opportun de recommander des modifications à cet égard sans faire des consultations et sans disposer d'études sur les conséquences qui pourraient en résulter sur la qualification juridique de la soumission et de l'appel d'offres. Il ne faudrait pas risquer de dénaturer le processus de manière à ce qu'on en vienne à considérer, selon la réaction d'une municipalité à la suite de l'ouverture des soumissions, que la soumission n'est pas une offre de contracter mais une offre de négocier(20).

7- Modifications au contrat.

Le Groupe-conseil a recommandé que les politiques de gestion contractuelle des organismes municipaux prévoient obligatoirement des mesures ayant pour objet d'encadrer l'autorisation des modifications au contrat(21).

Cette recommandation a été suivie doublement, si l'on peut dire, puisque, d'une part, une modification législative a codifié la règle jurisprudentielle interdisant à une municipalité de modifier un contrat accordé à la suite d'une demande de soumissions, sauf dans le cas où la modification constitue un accessoire à celui-ci et n'en change pas la nature(22). De plus, des modifications législatives ont également été apportées de manière à ce que la politique de gestion contractuelle comporte « des mesures visant à encadrer la prise de toute décision ayant pour effet d'autoriser la modification d'un contrat »(23).

8- Évaluation du cocontractant et incidence d'une évaluation négative lors d'un appel d'offres subséquent.

Le Groupe-conseil a recommandé que les organismes municipaux disposent du pouvoir de procéder à l'évaluation du rendement d'une entreprise à qui un contrat a été octroyé, en suivant un processus équitable. Ce pouvoir serait assorti du droit d'une municipalité de refuser la soumission de toute entreprise qui a fait l'objet d'une évaluation de rendement insatisfaisant, qui a omis de donner suite à une soumission ou à un contrat, ou encore a fait l'objet d'une résiliation de contrat en raison de son défaut d'en respecter les conditions, et ce, pour une période tenant compte de la durée ou du délai d'exécution du contrat pour lequel il y a eu manquement(24).

9- L'examen de la conformité de toutes les soumissions.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le projet de loi 76 imposait l'obligation aux organismes municipaux d'examiner la conformité de toutes les soumissions puisque dans les renseignements devant être publiés ils devaient indiquer l'identité de chacun des soumissionnaires, le prix soumis par chacun et la mention pour chaque soumission, de sa conformité.

Le Groupe-conseil a constaté que cette obligation avait pour effet d'imposer aux organismes municipaux le devoir d'examiner la conformité de toutes les soumissions reçues en réponse à un appel d'offres, contrairement à la pratique généralement suivie à l'effet d'examiner la conformité de la soumission la plus basse ou des deux ou trois soumissions les plus basses reçues, et de cesser l'analyse dès qu'une soumission ayant le plus bas prix est également jugée conforme aux exigences de l'appel d'offres, tant sur le plan administratif que technique. Il s'ensuit que plusieurs soumissions ne sont tout simplement pas analysées, sauf pour leur prix(25).

Considérant que les municipalités devraient analyser l'ensemble des soumissions qui leur sont présentées, mais

uniquement en regard de leur conformité administrative et non en regard des aspects techniques, le Groupe-conseil a recommandé que les critères de conformité administrative des soumissions fassent l'objet d'une définition précise et objective dans la loi ou les règlements et que les organismes municipaux soient tenus seulement d'informer individuellement les soumissionnaires dont les soumissions ne sont pas conformes sur le plan administratif(26).

Par le projet de loi 102, l'obligation de publier le renseignement sur la conformité des soumissions reçues a été modifiée de manière à publier, outre le nom de chaque soumissionnaire et le montant de chaque soumission, « l'identification de toute soumission plus basse que celle retenue, qui a été jugée non-conforme »(27).

Mentionnons que le Groupe-conseil avait également recommandé que dans le cas d'un contrat adjugé sur la base d'un système évaluant le prix et la qualité des produits ou des services, que le rang des soumissions soit publié en lieu et place du montant de la soumission(28).

Cela dit, mentionnons que le Groupe-conseil a également identifié **au chapitre trois** de son rapport des pistes de réflexion qui devraient être examinées dans le contexte de recommandations faites au chapitre quatre que nous verrons ci-après, à l'exception de la piste 3.1 devant être examinée en priorité puisqu'elle concerne le problème dont nous avons fait état plus haut au sujet du conflit entre l'interdiction de divulguer le nom des soumissionnaires potentiels et le mode de désignation des personnes invitées à soumissionner lorsque telle désignation doit être faite par résolution du conseil(29).

Les autres pistes de solutions qui ont été formulées au fil du **chapitre trois** et qui ont été regroupées(30) se lisent comme suit :

« **Piste 3.2**

Que l'opportunité de relever le seuil maximal de 25 000 \$, en deçà duquel un organisme municipal peut attribuer un contrat de gré à gré, soit examinée plus à fond.

Piste 3.3

Que les relations entre les organismes municipaux et les OBNL soient étudiées plus à fond afin de préciser clairement les cas dans lesquels les règles imposées en matière contractuelle sont applicables aux OBNL constitués par ces organismes municipaux, ou auxquels ils ont recours.

Piste 3.4

Que les pratiques de location d'immeubles à long terme fassent l'objet d'un examen plus approfondi afin de déterminer s'il est pertinent de prévoir des règles particulières pour la conclusion de tels contrats.

Piste 3.5

Que le Ministère et ses partenaires demeurent attentifs aux effets que la publication de l'estimation du prix des contrats peut avoir sur les prix des contrats. »

Le quatrième chapitre intitulé « *Pour une amélioration de l'encadrement des marchés publics dans le milieu municipal* », porte sur des éléments de nature plus générale qui soutiennent et encadrent le processus opérationnel traité au chapitre trois. Pour en faire état, on ne saurait faire mieux que de citer intégralement les six (6) recommandations du chapitre quatre :

« **Recommandation 4.1**

Que soit définie comme priorité par le ministre des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire la refonte en une seule loi de l'ensemble des dispositions législatives relatives aux marchés publics dans le milieu municipal.

Recommandation 4.2

Que soit poursuivie la démarche de modernisation des dispositions de cette loi en fonction, entre autres, des recommandations des interlocuteurs et/ou des recommandations et des pistes de réflexion formulées dans le présent rapport. Que cette démarche et que les mesures envisagées prennent en considération la taille des municipalités.

Recommandation 4.3

Qu'une priorité soit accordée à l'élaboration de différents modèles de politiques de gestion contractuelle.

Recommandation 4.4

Que soit poursuivie la construction d'un véritable système d'information sur les marchés publics dans le milieu municipal, et ce, dans sa triple dimension économique, budgétaire et financière générale, ainsi que dans sa dimension strictement contractuelle.

Recommandation 4.5

Que le Ministère et ses partenaires définissent et mettent au point des mesures d'accompagnement, surtout pour les municipalités de plus petite taille.

Recommandation 4.6

Que soit défini un mécanisme d'accueil et de coordination de ces divers chantiers selon les lignes suivantes (à titre d'hypothèse):

- que le Ministère s'entende avec ses partenaires réguliers et que la Table Québec Municipalités (TQM) soit le mécanisme, déjà existant par ailleurs, de définition des priorités et de concertation entre les divers chantiers énumérés plus haut;
- qu'un comité directeur se rapporte à la TQM. Ce comité serait constitué des représentants des partenaires de la TQM et des délégués les plus représentatifs des organisations concernées, ainsi que de certains experts et spécialistes choisis en fonction de leurs compétences;
- que le président de ce comité directeur soit engagé pour une période maximale de trois ans et qu'il relève administrativement du Ministère;
- que trois mois après sa nomination, il soumette un programme de travail à la TQM comprenant un échéancier de réalisation et les moyens requis pour remplir ce mandat. »(31)

Mentionnons que le ministre a déjà donné suite à la recommandation 4.3. En effet, le MAMROT a publié sur son site Internet, le 22 juillet dernier, un document de soutien aux organismes municipaux intitulé « Répertoire présentant des exemples de mesures pouvant faire partie de la politique de gestion contractuelle d'un organisme municipal », préparé par la Direction générale des politiques.

COMMENTAIRES

Il n'est pas sans intérêt de souligner qu'il n'aura fallu que sept mois pour établir un Plan d'intervention, déposer et faire adopter un projet de loi, former un Groupe-conseil (pour examiner les règles applicables aux organismes municipaux, identifier certains problèmes, déterminer des solutions et faire rapport comportant des recommandations), pour finalement apporter d'autres modifications législatives afin de donner suite à plusieurs recommandations.

Les projets de loi 76 et 102 adoptés et sanctionnés en 2010 s'ajoutent aux interventions législatives déjà fort nombreuses qui, au fil des ans, sont venues modifier d'une quelconque façon les règles applicables à l'octroi des contrats des municipalités assujetties au *Code municipal* ou à la *Loi sur les cités et villes*. On compte pas moins d'une trentaine d'interventions législatives apportant des modifications aux dispositions régissant les contrats de municipalités depuis 1977 (art. 935 et suiv. C.M., art. 573 et suiv. L.C.V.) dont cinq au cours de l'année 1999. L'art. 935 C.M., à lui seul, a été modifié une vingtaine de fois au cours de cette période; il en est de même de l'art. 573 L.C.V.

Certaines interventions législatives étaient sans doute mineures mais plusieurs ont modifié de façon importantes les règles d'octroi des contrats tantôt pour en étendre la portée, tantôt pour en ajouter, tantôt pour établir des exceptions ou pour en limiter l'application, etc. Il en résulte un amalgame de dispositions où il est extrêmement difficile de se retrouver même pour les praticiens du droit municipal. Le Groupe-conseil illustre bien la situation :

« (...) on peut également prendre connaissance de certaines dispositions de la Loi sur les cités et villes (LCV) (ou de dispositions miroirs du Code municipal du Québec), qui se sont ajoutées au fil du temps aux articles de base sur l'attribution des contrats. Les précisions ajoutées sont telles qu'entre les articles 573 et 573.4 de la LCV, on compte désormais plus d'une vingtaine d'articles dont certains sont extrêmement détaillés. Ainsi, l'article 573.1.0.1 est constitué de quatre alinéas dont l'un réfère à l'article 573.1.0.1.1, lequel contient six alinéas dont un divisé en trois paragraphes. L'un de ces trois paragraphes est subdivisé en cinq sous-paragraphes! La Loi 76 n'a pas amélioré la situation (ce n'était pas l'objectif non plus), prévoyant elle-même l'insertion des nouveaux articles 573.3.1.1 et 573.3.1.2, ainsi que l'ajout de dispositions relatives à la publication de renseignements ailleurs dans la LCV, dans une sous-section portant sur les finances municipales, après l'article 477.3. Ce phénomène se retrouve

dans le Code municipal du Québec ainsi que dans les diverses lois qui régissent les multiples organismes municipaux. »(32)

Dans ce contexte, l'on ne peut que souhaiter que le ministre poursuive la réforme qu'il a entreprise en se donnant comme priorité la refonte de l'ensemble des dispositions législatives relatives aux marchés publics dans le secteur municipal comme l'a recommandé le Groupe-conseil.



Rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux

Texte disponible sur le site Internet du MAMROT :

(http://www.mamrot.gouv.qc.ca/publications/legislation/rapport_octroi_contrats_municipaux.pdf)

1. *Communiqué de presse, Transparence et saine gestion dans l'attribution des contrats municipaux -LE RAPPORT DU GROUPE-CONSEIL SUR L'OCTROI DES CONTRATS MUNICIPAUX DÉPOSÉ AU MINISTRE LAURENT LESSARD, émis à Montréal le 16 avril 2010.*
2. *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale, L.Q. 2010, c. 18, sanctionnée le 11 juin 2010 qui comportait des modifications à certaines règles introduites par le projet de loi no 76, Loi modifiant diverses législatives concernant principalement le processus d'attribution des contrats des organismes municipaux, L.Q. 2010, c. 1, sanctionnée le 1er mars 2010.*
3. *Loi sur les contrats et organismes publics, L.R.Q., chapitre C-65.1, sanctionnée le 15 juin 2006 mais entrée en vigueur le 1er octobre 2008; Trois règlements ont été adoptés en application de cette loi : Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics R.R.Q. C-65.1 r.1; Règlement sur les contrats de services des organismes publics R.R.Q. C-65.1 r.2 et Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics R.R.Q. C-65.1 r.3.*
4. *L'un des soussignés, Me Pierre Giroux, faisait également partie du Groupe-conseil.*
5. *Rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux, Marchés publics dans le milieu municipal, Mars 2010, p. III; Communiqué de presse émis par le ministre des Affaires municipales, 2 décembre 2009.*
6. *Ces chiffres ne donnent qu'un aperçu compte tenu que les données ne sont pas toutes directement comparables en raison des diverses définitions données aux grandes catégories de contrats ainsi que des méthodes d'estimation utilisées ou des périodes couvertes qui ne sont pas les mêmes dans tous les réseaux. De plus, dans le cas des ministères et des organismes gouvernementaux, il ne s'agit que des contrats de plus de 25 000 \$. Enfin, ces chiffres ne comprennent pas les marchés publics des sociétés d'État qui sont évalués à 4,4 milliards dont 3,3 milliards pour Hydro-Québec uniquement, cf : Rapport du Groupe-conseil, p. 1 et 2.*
7. *Rapport du Groupe-conseil, p. 7 à 11.*
8. *À l'exception des contrats de services professionnels puisque l'appel d'offres public obligatoire est fixé à 500 000 \$ pour les services professionnels à « exercice exclusif », cf : Règlement sur l'adjudication de contrats pour la fourniture de certains services professionnels, c. C-19, r. 0.1.*
9. *Rapport du Groupe-conseil, p. 13 à 26.*
10. *Rapport du Groupe-conseil, Recommandation 3.14, p. 76; le projet de loi 102 a reporté l'entrée en vigueur de certaines dispositions soit au 1er septembre 2010, soit au 1er janvier ou au 1er avril 2011, cf : art. 122.*
11. *Rapport du Groupe-conseil, p. 31 à 33.*
12. *L.C.V., art. 573, par. 1, al. 3, par. 2o; C.M., art. 935, par. 1, al. 3, par. 2o.*
13. *Rapport du Groupe-conseil, p. 33 à 40.*
14. *Rapport du Groupe-conseil, Recommandations 3.2 et 3.3 (p. 38) et Piste de réflexion 3.1 (p. 40).*
15. *L.C.V., art. 573, par. 3.1 (in fine); C.M., art. 935, par. 3.1. (in fine).*
16. *Rapport du Groupe-conseil, p. 60 à 62.*
17. *L.C.V., art. 477.6 et 477.5; C.M., art. 961.4 et 961.3.*
18. *Rapport du Groupe-conseil, p. 40-41.*
19. *Rapport du Groupe-conseil, p. 42 à 44.*
20. *Rapport du Groupe-conseil, p. 44 à 46.*
21. *Rapport du Groupe-conseil, p. 46-47.*
22. *L.C.V., art. 573.3.0.4 et C.M., art. 938.0.4.*
23. *L.C.V., art. 573.3.1.2 et C.M., art. 938.1.2.*
24. *Rapport du Groupe-conseil, p. 47-48.*

25. *Rapport du Groupe-conseil*, p. 55-56.
26. *Rapport du Groupe-conseil*, p. 57.
27. *L.C.V., art. 477.5, al. 3, par. 3 et C.M., art. 961.3, al. 3, par. 3.*
28. *Rapport du Groupe-conseil*, p. 58.
29. *Rapport du Groupe-conseil*, p. 39-40.
30. *Rapport du Groupe-conseil*, p. 78-79.
31. *Rapport du Groupe-conseil*, p. 77-78.
32. *Rapport du Groupe-conseil*, p. 65.

Publié par CCH à 08:19  

Libellés : [Contrats des organismes publics](#)

Exiger le remboursement des frais de formation à un employé : est-ce possible?



Me Stéphanie Lalande et [Me Frédéric Poirier](#)

Il est assez fréquent que les employeurs procèdent à des embauches conditionnelles à l'obtention de permis ou à la poursuite de formations qui s'avèrent nécessaires pour occuper certains postes. À cette occasion, plusieurs employeurs en profitent pour inclure une clause dans le contrat de travail qui prévoit que les frais engendrés par la formation initiale dont le salarié a bénéficié devront être assumés par celui-ci en cas de départ hâtif. Or, ce type de « clause remboursement » a été jugé illégal par la Commission des relations du travail (ci-après nommée: « la Commission ») dans la décision *Grenier*

Chayer c. Atelka inc. (1), rendue récemment par le juge administratif André Bussière.

Dans cette affaire, la plaignante, qui revenait d'un congé de maternité, a été congédiée à la suite de son refus de s'engager à rembourser les frais de sa formation en cas de départ volontaire. Les faits ayant donné lieu à cette décision sont exposés ci-après.

Les faits

L'employeur exploitait une entreprise spécialisée dans le service à la clientèle pour des grandes entreprises œuvrant dans le domaine des télécommunications. En 2007, la plaignante avait été embauchée à titre d'agente de service à la clientèle pour répondre aux appels des clients de la compagnie *Fido*. À ce moment, elle avait dû compléter une période de formation initiale d'une durée de trois (3) semaines rémunérée au salaire minimum.

Trois (3) mois après son entrée en fonction, la plaignante était nommée au poste de formatrice et ce, jusqu'à son départ en congé de maternité en janvier 2009.

Étant au courant que la campagne *Fido* devait se terminer avant la fin de son congé de maternité, la plaignante avait alors offert à l'employeur de revenir au travail plus tôt que prévu afin de recevoir la formation en vue de la campagne suivante.

En avril 2009, l'employeur s'est prévalu de l'offre de la plaignante et lui a demandé de revenir au travail pour recevoir une formation pour la nouvelle campagne avec le client *Vidéotron*. C'est à cette occasion que l'employeur a demandé à la plaignante de signer des documents relatifs à cette campagne, notamment un nouveau contrat de travail dont les conditions n'étaient pas très avantageuses mais que la plaignante était prête à accepter. Ce qui posait problème en l'espèce, c'était le document intitulé « clause remboursement » qu'elle devait absolument signer pour continuer à exercer son emploi.

De fait, cette clause permettait à l'employeur de déduire du salaire de la plaignante les frais de formation d'une durée de

trente et un (31) jours advenant un départ volontaire dans un délai de seize (16) semaines. D'autant de la validité de la « clause remboursement », la plaignante a préféré consulter une avocate de la Commission des normes du travail avant de signer quoi que ce soit. Cette dernière l'a informée que les modalités de la « clause remboursement » étaient inférieures aux exigences prévues par la *Loi sur les normes du travail*(2) (ci-après nommée : « L.N.T. »), et lui a suggéré de refuser de signer pour cette raison.

Dès que l'employeur a été avisé du refus de la plaignante de signer le document, il l'a informée qu'elle ne pourrait débiter la formation si elle ne signait pas et que son refus serait considéré comme un départ volontaire. Maintenant sa position, la plaignante a été congédiée, d'où le dépôt d'une plainte en vertu des articles 122 et 123 L.N.T.

La décision

Pour déterminer si la plaignante avait été congédiée en raison de l'exercice d'un droit résultant de la loi, la Commission devait se prononcer sur la légalité de la « clause remboursement ».

Au soutien de ses prétentions, l'employeur expliquait que la « clause remboursement » avait pour but de limiter le taux de roulement du personnel qui avait été anormalement élevé l'année précédente et que la signature de cette clause constituait une condition *sine qua non* du maintien de l'emploi. De plus, il prétendait que la clause en était une de type pénal par laquelle les parties avaient évalué à l'avance les dommages-intérêts dus en cas de départ hâtif.

Pour sa part, la plaignante soutenait que la clause contrevenait aux articles 85.1 et 85.2 L.N.T., qui prévoient notamment qu'un employeur ne peut exiger une somme d'argent aux salariés pour payer des frais liés aux opérations de l'entreprise et que l'employeur doit assumer les frais raisonnables relatifs à la formation de ses salariés.

Pour conclure à l'illégalité de la clause en question, la Commission a suivi le raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Créances garanties du Canada Ltée c. Commission des normes du travail*(3), où il s'agissait de déterminer si les frais occasionnés par l'acquisition d'un permis nécessaire à l'exercice des fonctions d'agent de recouvrement étaient des « frais liés aux opérations ou aux charges sociales de l'entreprise » qui devaient être assumés par l'employeur en vertu de l'article 85.1 L.N.T.

Or, la Cour d'appel a établi que le critère pour déterminer si les frais pour l'obtention d'un tel permis sont liés aux opérations d'une entreprise est de savoir si l'employé en retire un bénéfice personnel en dehors de la relation exclusive employeur-employé. À titre d'exemple, les frais liés à l'obtention d'un permis de conduire échapperaient à cette définition dans la mesure où l'employé qui est titulaire d'un tel permis peut continuer d'en bénéficier même s'il cesse de travailler pour un employeur particulier.

En appliquant la même logique dans le cas qui nous occupe, la Commission a conclu que les frais liés à la formation que la plaignante devait suivre en vue de la nouvelle campagne de *Vidéotron* étaient visés par l'article 85.1 L.N.T. étant donné que la formation en question devenait inutile à la fin de la campagne menée par le client. Qui plus est, elle ne serait aucunement profitable à la plaignante si cette dernière décidait de changer d'employeur. En conséquence, la Commission a décidé que la « clause remboursement » était illégale et que l'employeur ne pouvait en exiger la signature comme constituant une condition *sine qua non* de maintien du travail.

Ainsi, le refus de convenir d'une condition de travail illégale constituant en soi l'exercice d'un droit prévu par la loi, la Commission a annulé le congédiement et a ordonné la réintégration de la plaignante.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que la Commission a souligné que même si la « clause remboursement » avait été qualifiée de clause pénale, il aurait fallu conclure qu'elle était abusive et qu'elle contrevenait aux dispositions de la L.N.T. relativement au salaire minimum, étant donné que son application aurait eu pour effet de réduire le salaire de

l'employé en deçà du salaire minimum. Or, tel que prévu à l'article 57 °4 L.N.T., un salarié est réputé être au travail durant toute la période d'essai ou de formation exigée par l'employeur et en conséquence, il doit être payé au moins au salaire minimum pendant cette période.

Conclusion

À la lumière de ces propos, force est de constater qu'indépendamment du fait que les frais de formation soient visés ou non par l'article 85.1 L.N.T., toute clause par laquelle un salarié autoriserait à l'avance son employeur à déduire de son salaire les frais d'une formation exigée par ce dernier et dont l'application aurait pour effet une rémunération globale inférieure au salaire minimum serait illégale.

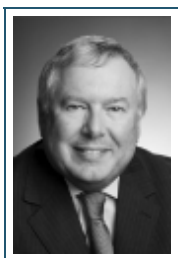
C'est donc dire que les employeurs qui avaient recours à ce genre de clause devront dorénavant réviser leurs contrats de travail et trouver un moyen légal d'assurer un meilleur taux de rétention de leur personnel.

1. 2010 QCCRT 0128.
2. L.R.Q., c. N-1.1.
3. EYB 2008-141629 (C.A.).

Publié par CCH à 08:17  

Libellés : [Relations du travail en milieu municipal](#)

Le juge administratif, interprète du Code civil



par [Me Denis Lemieux](#)

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a jugé que la norme de la décision correcte s'appliquait pour l'interprétation d'une loi fondamentale ou qui est étrangère au champ de compétence du décideur ou encore lorsque la question d'interprétation en litige est d'une grande importance pour le système juridique.

Mais il survient que des dispositions d'une loi générale, tel le *Code civil*, sont mises en œuvre par un tribunal spécialisé. Peut-on affirmer que l'interprétation du *Code civil* constitue une question qui relève alors de la spécialisation du tribunal?

Un jugement de la Cour d'appel vient de répondre par l'affirmative à cette question.

Faits :

La Ville de Gatineau effectue une étude sur la perception du corps de police auprès de certaines personnes. Cette étude, qui a été communiquée à des tiers, fait état de commentaires selon lesquels le syndicat représentant les policiers de Gatineau incite ses membres à commettre des infractions criminelles.

Le syndicat loge un grief collectif par lequel il demande des dommages-intérêts compensatoires et punitifs pour ses membres, estimant que la diffusion du texte de l'étude porte atteinte à leur honneur et à leur réputation.

L'arbitre auquel le différend a été soumis a décidé que la Ville avait effectivement eu un comportement fautif et diffamatoire envers les membres de l'exécutif du syndicat, mais non envers l'ensemble des policiers. Il accorde donc 5 000 \$ à chacun des dirigeants du syndicat à titre de dommages compensatoires et 5 000 \$ à l'ensemble de ses cinq dirigeants pour dommages punitifs. Il tient compte du fait que l'auteur de l'étude avait demandé qu'elle ne soit pas diffusée et que le passage litigieux a été retiré promptement.

La Ville demande la révision judiciaire de cette décision arbitrale. La Cour supérieure accueille cette requête. Elle estime que le commentaire litigieux était bien diffamatoire mais qu'il n'est pas prouvé qu'un préposé de la Ville ait diffusé le document en dehors du cadre retreint de ses destinataires, rendant ainsi la décision de l'arbitre déraisonnable. Au surplus, la Cour estime qu'il était déraisonnable d'accorder des dommages moraux aux membres de l'exécutif alors qu'à l'époque des faits, quatre de ses cinq membres n'étaient pas en fonction. Enfin, la Cour conclut qu'à défaut d'atteinte illicite et intentionnelle par l'auteur du rapport, rien ne justifiait l'octroi de dommages punitifs.

La Fraternité des policières et policiers de Gatineau se pourvoit en appel de ce jugement.

Jugé :

S'exprimant pour la formation qui a entendu le pourvoi en appel et confirmé le jugement initial, monsieur le juge Dalphond rappelle d'abord que si la norme de la décision raisonnable s'applique la plupart du temps aux questions de faits et à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la situation est plus complexe pour les questions de droit.

La norme de la décision correcte s'applique aux questions d'interprétation relatives à la Constitution, aux chartes des droits ainsi qu'aux questions touchant l'existence de la compétence du décideur. En revanche, les questions de droit qui se posent à l'intérieur du champ de compétence de ce décideur sont généralement tranchées selon la norme de la décision raisonnable, surtout lorsque la décision contestée est protégée du contrôle judiciaire par une clause privative.

En l'espèce, l'analyse de la norme de contrôle permet de constater qu'un arbitre de griefs est nommé en vertu du *Code du travail* pour régler des différends dans le cadre du régime des relations de travail. Sa compétence est protégée par une clause privative complète et il a le pouvoir d'interpréter toute loi pertinente aux relations de travail selon l'article 100.12 a) du *Code du travail*.

Selon la Cour, les dispositions du *Code civil* en matière de contrat, responsabilité civile et dommages font partie de ces lois pertinentes aux relations de travail.

La Cour rejette l'argument selon lequel la norme de la décision correcte s'applique aux questions de droit civil, vu qu'elles font appel à des principes généraux et d'application universelle. Elle estime que la Cour suprême exige qu'une telle question revête une importance capitale pour le système juridique et soit étrangère au domaine d'expertise du décideur.

En l'espèce, « *l'arbitre devait simplement déterminer s'il y avait eu des propos diffamatoires ou injurieux et, le cas échéant, les dommages en résultant* » (par. 26). Il ne s'agit donc nullement d'une question capitale pour notre système juridique.

Monsieur le juge Dalphond ajoute qu'il ne faut pas confondre l'interprétation d'un texte clair et son application aux faits de l'espèce.

Au surplus, une sentence arbitrale n'a nullement le statut du *stare decisis* et n'a donc pas valeur de précédent liant d'autres arbitres ou tribunaux.

La Cour rappelle qu'il n'existe pas de degré de déférence à l'intérieur de la norme de la décision raisonnable, différenciant sur ce point avec le premier juge pour qui la Cour ne devait à l'arbitre qu'un degré de déférence restreint.

Sur le fond, la Cour juge que l'octroi de dommages punitifs en vertu de l'article 49 de la Charte québécoise n'était pas l'une des avenues acceptables en l'espèce vu l'absence d'intention de la part de l'auteur du rapport de porter atteinte à

l'honneur et à la réputation de membres du corps de police. La conclusion de l'arbitre n'était, sur ce point, nullement étayée par la preuve au dossier.

Quant aux dommages moraux, l'arbitre ne pouvait raisonnablement conclure à un préjudice en faveur des membres de l'exécutif actuel et octroyer à chacun des dommages moraux de 5 000 \$.

Commentaires :

Les questions en litige dans cette affaire étaient en fait des questions d'application du droit aux faits, ce qui entraînait l'application de la norme de la décision raisonnable.

En effet, nulle part dans la décision de l'arbitre ni dans les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel ne retrouve-t-on une discussion sur l'applicabilité de dispositions du *Code civil* ni sur leur interprétation.

Cependant, le jugement de la Cour d'appel paraît banaliser le droit civil.

En effet, la Cour affirme que le Livre des obligations du *Code civil* fait partie du champ de spécialisation de l'arbitre, lui donnant ainsi une expertise présumée aussi grande que celle du juge judiciaire pour interpréter une règle de droit civil.

Il est indéniable qu'un arbitre a couramment recours à des principes et à des dispositions du *Code civil* dans le cadre de ses fonctions.

Cependant, les règles de droit civil qu'il est appelé à appliquer ne sont pas, le plus souvent, limitées au droit du travail. La présente espèce en est l'illustration.

L'interprétation d'une de ces règles ne se fait pas dans le cercle nécessairement limité des relations de travail. L'on doit plutôt adopter une approche contextuelle qui tient compte de l'économie générale et de l'ensemble des dispositions du Code et des valeurs qui le sous-tendent.

La Cour affirme également qu'une erreur sur l'interprétation d'une règle de droit civil ne donnerait lieu à intervention judiciaire que si elle est déraisonnable ou qu'il s'agit d'une question capitale pour notre système juridique.

Nous ne sommes pas convaincus que la fonction d'arbitre de griefs est à ce point analogue à celle du juge qu'elle lui confère la même compétence pour interpréter le droit commun.

Il est vrai, comme l'affirme monsieur le juge Dalphond, qu'une sentence arbitrale n'a pas valeur de précédent. Ainsi, l'existence d'interprétations contradictoires de règles générales du droit commun n'aura que peu d'impact pour notre système juridique.

Cet impact sera plus grand pour un tribunal administratif dont les décisions de principe sont adoptées à la suite d'échanges et de consultations au sein du tribunal. Sans lier les membres du tribunal ni les cours de justice, ces décisions sont susceptibles d'avoir une portée excédant largement les limites d'une décision à caractère particulier comme l'est la sentence arbitrale.

Si l'on prend à la lettre les énoncés de la Cour d'appel, il existe un risque réel de balkanisation de notre droit commun, dont le contenu pourra varier au gré d'interprétations contradictoires, sans que les tribunaux supérieurs ne puissent intervenir à moins qu'une interprétation soit déraisonnable.

Il nous semble qu'un tel résultat est incompatible avec le statut et la place que confère au droit civil sa disposition

préliminaire.

Fraternité des policiers et policières de Gatineau c. Gatineau (Ville)

2010 QCCA 1503

Réf. : 70-100, 70-125, 75-150

Publié par CCH à 08:16  

Libellés : [Contrôle judiciaire de l'action gouvernementale](#)

Inscription à : [Messages \(Atom\)](#)