

L'intégrité dans les contrats publics : de nouveaux outils dans la lutte contre la corruption au Québec

*Martine VALOIS**

**Integrity in Public Contracts:
New Tools in the Fight Against Corruption in Quebec**

**Integridad en los contratos públicos:
nuevas herramientas en la lucha contra la corrupción en Quebec**

**A Integridade nos Contratos Públicos:
Novas Ferramentas na Luta Contra a Corrupção no Quebec**

公共合同中的诚信：魁北克新的反腐工具

Résumé

Cet article s'intéresse aux mécanismes de lutte contre la corruption qui ont été introduits dans la *Loi sur les contrats des organismes publics* (LCOP), dont la création du registre des entreprises non

Abstract

This article looks at anti-corruption mechanisms that have been introduced in the *Act Respecting Contracting by Public Bodies* (CPBA), including the 2011 Register of Enterprises Ineligible for Public

* Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteure remercie M^e Dominique Payette pour l'excellence de sa recherche documentaire. Nos sincères remerciements vont également à madame Emmanuelle Brault pour le minutieux travail de révision du texte et des références, au professeur Michel Morin et aux réviseurs anonymes pour leurs conseils et suggestions. Je remercie enfin M. François Boisclair pour ses commentaires éclairants sur l'encadrement des contrats publics au Québec.

admissibles aux contrats publics (RENA) en 2011 et du registre des entreprises autorisées (REA) en 2012. Le texte examine notamment le rôle de l'Autorité des marchés financiers dans l'examen de la conformité des entreprises aux exigences d'intégrité mises en place dans la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*. L'auteure porte un regard critique sur l'engagement du législateur québécois à garantir des hauts standards d'intégrité chez les contractants, considérant les modifications apportées à la LCOP en 2015, qui facilitent l'obtention de l'autorisation à contracter par des entités inscrites au registre des entreprises non admissibles.

Resumen

Este artículo examina los mecanismos de lucha contra la corrupción que han sido introducidos en la *Ley sobre los Contratos de Organismos Públicos* (LCOP), entre los cuales se encuentra el Registro de Empresas No Admisibles en los Contratos Públicos (RENA) de 2011 y el Registro de Empresas Autorizadas (REA) en 2012. El texto examina el papel de la Autoridad de Mercados Financieros en el examen del cumplimiento por parte de las empresas a las exigencias de integridad establecidos en la *Ley sobre la Integridad en Materia de Contratos Públicos*. El autor lanza una mirada crítica sobre el compromiso del legislador de Quebec de garantizar altos estándares de integridad para los contratistas, considerando las modificaciones adoptadas a la LCOP en 2015, que facilitan la obtención de la autorización para contratar por parte de las entidades inscritas en el registro de empresas no admisibles.

Contracts and the Register of Authorized Enterprises in 2012. The text examines the role of the Autorité des marchés financiers in assessing the contractors' compliance with the integrity requirements set out in the *Integrity in Public Contracts Act* of 2012. The author takes a critical look at the Quebec legislator's commitment to guaranty high standards of integrity for contractors, considering the amendments adopted to the CPBA that make it easier to obtain an authorization to contract by enterprises who are ineligible for public contracts.

Resumo

Este artigo se volta para os mecanismos de luta contra a corrupção que foram introduzidos na *Lei sobre os contratos dos organismos públicos* (LCOP), entre os quais a criação do registro de empresas não admissíveis aos contratos públicos (RENA) em 2011 e do registro das empresas autorizadas (REA) em 2012. O texto examina notadamente o papel da Autoridade dos Mercados Financeiros no exame de conformidade das empresas às exigências de integridade criadas pela *Lei sobre a integridade em matéria de contratos públicos*. A autora dirige um olhar crítico sobre o compromisso do legislador quebequense para garantir os altos padrões de integridade dos contratantes, considerando as modificações adotadas pela LCOP em 2015, que facilitam a obtenção da autorização de contratar por entidades inscritas no registro de empresas não admissíveis.

摘要

本文关注《公共机构合同法》引入的反腐机制，包括2011年无资格订立公共合同的企业名册和2012年获准企业名册。本文主要考查了金融市场管理局在审查企业遵守《公共合同诚信法》规定的诚信要求方面所起的作用。作者批判了魁北克立法机关为公共合同缔约方设立高标准诚信的承诺，理由是2015年通过的《公共机构合同法》修正案降低了无资格企业名册上的企业获准订约的标准。

Plan de l'article

Introduction	751
I. Le régime légal des contrats publics au Québec	753
A. La primauté de l'intérêt public.....	755
B. Les organismes assujettis et les contrats visés.....	757
C. Les registres de la LCOP.....	758
1. Le Registre des entreprises non admissibles.....	758
2. Le Registre des entreprises autorisées.....	759
D. Le projet de création d'une instance nationale d'encadrement des marchés publics.....	763
II. L'intégrité des contractants et le contrôle de conformité	765
A. L'intégrité des contractants.....	766
B. Les conditions du refus automatique de l'autorisation.....	768
C. Le refus discrétionnaire.....	771
D. Le régime d'intégrité québécois vu par les tribunaux.....	775
Conclusion	778
Annexe: Tableau du libellé des articles 21.16 et 21.18 de la <i>Loi sur les contrats des organismes publics</i> <u>avant et après</u> les modifications apportées par la <i>Loi visant principalement la récupération des sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics</i> , L.Q. 2015, c. 6	780

L'encadrement législatif des contrats publics au Québec est récent, puisque ce n'est qu'en 2006 que la province se dote d'une loi régissant les conditions d'octroi des marchés publics¹. Sanctionnée le 15 juin 2006, la *Loi sur les contrats des organismes publics* (ci-après, la « LCOP ») entre en vigueur le 1^{er} octobre 2008. L'adhésion du Canada à la *Convention des Nations Unies contre la corruption* (ci-après, la « Convention ») en 2004 n'est certes pas étrangère à l'adoption de cette première législation prescrivant le mode d'attribution des contrats publics québécois². Si la corruption des agents publics est aussi ancienne que l'histoire humaine, l'adoption par les États de mesures visant à lutter activement contre la corruption remonte à la toute fin du siècle dernier³. Les torts causés par la corruption sont immenses. Comme le rappelait la Cour suprême du Canada très récemment, la corruption « mine la confiance dans les institutions publiques, détourne les fonds destinés à ceux qui ont grand besoin de soutien financier et compromet l'intégrité des entreprises »⁴.

En 2011, le législateur québécois a introduit des mesures visant à lutter plus activement contre la corruption dans l'octroi des contrats publics. La *Loi concernant la lutte contre la corruption* a créé le poste de commissaire à la corruption⁵. L'institution de cette autorité met en application une autre disposition de la *Convention*, l'article 36, qui incite les États à mettre en place « un ou plusieurs organes ou des personnes spécialisés dans la

¹ *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1 qui a remplacé des dispositions législatives dispersées dans plusieurs lois, dont la *Loi sur l'administration publique*, RLRQ, c. A-6.01.

² OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LE CRIME ET LA DROGUE, *Convention des Nations Unies contre la corruption*, 31 octobre 2003, en ligne: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf> (consulté le 2 février 2017). À son article 9.1, la *Convention* requiert des États parties qu'ils prennent les mesures nécessaires pour « mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise de décision ».

³ Cristina ROSILLO, « Fraude et contrôle dans les contrats publics à Rome », dans Jean-Jacques AUBERT (dir.), *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, Genève, Université de Neuchâtel, Faculté des lettres et des sciences humaines, Librairie Droz S.A, 2003; Homer E. MOYER Jr., *Anti-Corruption Regulation 2017*, 11th ed., London, Law Business Research Ltd, 2017, en ligne: <<http://www.lalive.ch/data/publications/edition-507-chapter-29-170424095512467-anti-corruption-regulation-2017-switzerland.pdf>> (consulté le 16 mai 2017).

⁴ *Groupe de la Banque mondiale c. Wallace*, [2016] 1 R.C.S. 207, par. 1.

⁵ *Loi concernant la lutte contre la corruption*, RLRQ, c. L-6.1, art. 4.

lutte contre la corruption par la détection et la répression ». Comme l'indique l'article 1 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*, cette loi veut « renforcer les actions de prévention et de lutte contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public et contribuer à favoriser la confiance du public dans les marchés publics ». C'est dans ce but que des critères d'inadmissibilité aux contrats publics ont été ajoutés à la LCOP et qu'un registre des entreprises non admissibles doit être tenu par le président du Conseil du Trésor.

En 2012, le législateur québécois poursuit ses efforts pour contrer la corruption et adopte la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*⁶. Cette loi est présentée en marge des travaux de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (ci-après, la « Commission Charbonneau »). Les audiences publiques de la Commission Charbonneau révèlent que des entreprises de construction ont eu recours à des systèmes collusoires pour obtenir des contrats publics, particulièrement au niveau municipal. C'est donc pour renforcer la confiance du public mise à mal par ces révélations que le législateur amende de nouveau la LCOP. Les nouvelles dispositions imposent aux entreprises l'obligation de demander auprès de l'Autorité des marchés financiers (ci-après, l'« AMF ») une autorisation préalable à contracter lorsque le montant du contrat se situe au-delà d'un seuil déterminé par décret⁷. L'obtention de cette autorisation est assujettie à la démonstration que l'entreprise satisfait « aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre »⁸. Le cas échéant, le nom de l'entreprise est ajouté au registre des entreprises autorisées à contracter (ci-après, le « REA »), lequel relève de la responsabilité de l'AMF. En 2015 toutefois, le législateur modifie les conditions d'attribution de l'autorisation à contracter dans le but de faciliter l'obtention de contrats publics pour les entreprises non admissibles. Ces changements sont introduits par les dispositions modificatrices de la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics* (ci-après la « *Loi visant la récupération des sommes payées injustement* »)⁹.

⁶ *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, L.Q. 2012, c. 25.

⁷ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, articles 21.17 à 21.48.

⁸ *Id.*, art. 21.27.

⁹ *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, L.Q. 2015, c. 6.

Notre ambition dans cet article est d'examiner l'imbrication des régimes d'inadmissibilité et d'autorisation à contracter mis en place respectivement par la *Loi concernant la lutte contre la corruption* et la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, puis modifiés par la *Loi visant la récupération de sommes payées injustement*, de même qu'aux règles de conformité formulées par l'AMF pour aider les entreprises à satisfaire aux normes d'intégrité en matière de contrats publics. Nous traiterons d'abord du champ d'application de la LCOP et des conditions d'inscriptions aux registres d'inadmissibilité et d'autorisation à contracter (I). Nous examinerons ensuite les chapitres V.1 et V.2 de la LCOP, en nous attardant de façon plus spécifique sur le mécanisme de l'autorisation à contracter. Nous porterons une attention particulière au pouvoir dévolu à l'AMF de refuser l'autorisation lorsqu'elle juge que les exigences élevées d'intégrité ne sont pas atteintes. Cet examen nous conduira ensuite à étudier les normes de conformité que les entreprises désirant obtenir des contrats publics doivent s'engager à respecter. Nous ferons enfin un survol des décisions judiciaires qui se sont prononcées sur l'étendue du pouvoir d'autorisation de l'AMF et sur l'interprétation de la notion d'intégrité dans la LCOP (II).

I. Le régime légal des contrats publics au Québec

Les contrats publics n'obéissent pas aux mêmes règles que les contrats privés, car ils mettent en cause les autorités qui relèvent de la puissance publique. Si le droit commun des contrats s'applique aux contrats administratifs, certains principes relevant du droit public, comme celui de la primauté de l'intérêt général, peuvent justifier des dérogations aux dispositions applicables aux contrats entre particuliers. Le respect de ce principe dominant permet au législateur d'imposer des conditions particulières. Ces règles dérogatoires peuvent être imposées par une loi, un règlement du gouvernement¹⁰ ou par des directives ou politiques administratives¹¹.

Les dispositions relatives au régime d'inadmissibilité aux contrats publics et à l'autorisation préalable à contracter de la LCOP font partie de ces règles d'exception qui sont justifiées par le fait que l'un des contractants

¹⁰ C'est la voie choisie par le gouvernement fédéral. Les règles relatives au mode d'attribution des contrats publics sont régies par un règlement du gouverneur en conseil, le *Règlement sur les marchés de l'État*, DORS/87-402 (Gaz. Can. II).

¹¹ René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t. I, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984, p. 612-617.

est un organisme public. Ces normes qui visent la partie privée au contrat prévoient que la commission d'infractions criminelles peut entraîner l'inadmissibilité aux contrats publics ou que l'utilisation de pratiques commerciales douteuses est susceptible de conduire à la perte d'opportunité d'obtenir certains types de contrats publics.

Il est intéressant de mentionner ici que le gouvernement du Canada a emboîté le pas au Québec et mis en place en 2015 un régime d'intégrité pour l'obtention de contrats publics au niveau national. Ce cadre normatif est de nature administrative, c'est-à-dire qu'il est imposé par une politique gouvernementale, et non par une loi ou un règlement¹². À l'intérieur de ce régime, une *Politique d'inadmissibilité et de suspension* (ci-après, la « *Politique* ») administrée par Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (ci-après « TPSC ») établit tel que la LCOP un régime automatique d'inadmissibilité aux contrats publics et un mécanisme discrétionnaire d'inadmissibilité et de suspension pour une durée déterminée¹³. Comme dans la LCOP, le Régime d'intégrité fédéral distingue les circonstances entraînant automatiquement une détermination d'inadmissibilité, lesquelles sont énumérées à l'article 6 de la *Politique*, et celles décrites à l'article 7 de la *Politique* pour lesquelles TPSC a « l'entière liberté de déterminer qu'un fournisseur est inadmissible ou suspendu ». De plus, en vertu de l'article 14 de la *Politique*, TPSC peut conclure une « entente administrative » avec un fournisseur en vue de raccourcir la période d'inadmissibilité de ce fournisseur ou pour simplement accorder un sursis ou remplacer la suspension. Enfin, l'article 15 de la *Politique* énumère les cas où le gouvernement du Canada peut faire affaire avec un fournisseur inadmissible ou suspendu si l'intérêt public le justifie, comme, par exemple, lorsque le fournisseur est la seule entreprise capable d'exécuter le contrat. Selon un rapport intérimaire sur le Régime d'intégrité pour les années 2016 et 2017, depuis l'introduction du Régime, « 85 déterminations sur l'inadmissibilité ont été menées »¹⁴. Sur ces 85 déterminations, trois entreprises

¹² GOUVERNEMENT DU CANADA, *Régime d'intégrité du gouvernement du Canada*, en ligne : <<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ci-if-fra.html>> (consulté le 16 mai 2017).

¹³ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Politique d'inadmissibilité et de suspension*, en ligne : <<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/politique-policy-fra.html>> (consulté le 16 mai 2017).

¹⁴ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Régime d'intégrité – Rapport intérimaire 2016-2017*, Services publics et Approvisionnement Canada, en ligne : <<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/rpri-irr-fra.html>> (consulté le 16 mai 2017).

ont été jugées inadmissibles, une entreprise a été suspendue, et une entente administrative a été conclue¹⁵. Dans les pages qui suivent, nous concentrons notre analyse sur les dispositions de la LCOP uniquement.

A. La primauté de l'intérêt public

L'article 2 de la LCOP énonce les principaux objectifs qui déterminent les conditions d'octroi des contrats publics. Parmi ces objectifs, quatre sont particulièrement pertinents à notre propos: « la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents » (alinéa 0.1), le « traitement intègre et équitable des concurrents » (alinéa 2), la « possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics » (alinéa 3), et la « reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics » (alinéa 6). Ces alinéas codifient en quelque sorte les objectifs du processus d'appels d'offres publics énoncés par la Cour supérieure dans l'affaire *Spécialistes en combustion S.D. c. Centre hospitalier Robert-Giffard* en 1999:

La procédure de soumission publique poursuit plusieurs objectifs dont notamment les suivants: 1. Permettre à l'administration publique de financer des travaux publics au meilleur prix possible en faisant jouer la concurrence et éliminer les collusions et les combines qui donnent ouverture au patronage et autres collusions; 2. Permettre à toute personne compétente de faire affaires avec le Gouvernement et les organismes qui en dépendent; 3. Établir un régime d'équité dans le processus d'octroi des contrats en cherchant à favoriser l'égalité des chances, d'où l'importance d'adopter des règles communes applicables également à tous les intéressés.¹⁶

L'objectif formulé à l'alinéa 0.1 concernant la « confiance du public » dans les marchés publics a été ajouté à la LCOP par la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*. Il place la notion d'intégrité au centre du processus d'octroi des contrats publics. Les conditions relatives à l'intégrité des concurrents ont pour but de s'assurer que les contrats publics sont attribués uniquement aux contractants qui satisfont aux plus hauts standards d'intégrité, gage du maintien de la confiance du public à l'égard de la saine gestion des contrats publics.

¹⁵ *Id.*, p. 4.

¹⁶ J.E. 99-1059, cité dans *Roxboro Excavation inc. c. Québec (Procureur général) (Ministère des Transports)*, 2015 QCCS 2829.

L'ensemble de ces objectifs met à l'avant-plan le principe fondamental qui préside aux règles d'octroi des contrats publics, celui de l'intérêt public¹⁷. Comme le souligne Garant, « [l']intérêt public est la raison d'être de l'Administration publique et de chacun de ses actes y compris le contrat »¹⁸. En ce sens, les contrats publics, bien que soumis aux règles générales du droit civil relatives aux contrats, diffèrent des contrats conclus entre des personnes de droit privé¹⁹. Dans le cas des contrats auxquels l'Administration publique est partie, l'intérêt public est supérieur aux intérêts privés en cause et peut même exiger que les cocontractants respectent et même s'enquière des restrictions législatives et réglementaires qui encadrent le pouvoir de contracter de l'Administration publique²⁰. Puisque l'État s'acquitte de ses obligations contractuelles en puisant dans les deniers publics, c'est l'intérêt général des contribuables au bénéfice de qui les contrats publics sont conclus qui doit donc servir de guide à l'interprétation des règles de formation et d'exécution des contrats publics²¹. C'est aussi en raison de ce principe que l'Administration publique doit s'assurer d'obtenir le meilleur prix possible des concurrents aux contrats publics²².

Un autre principe de l'attribution des contrats publics est celui de « l'égalité devant le service public »²³. Cette égalité des chances de contracter avec l'Administration publique exige que celle-ci traite les concurrents aux contrats publics sur un pied d'égalité²⁴. En favorisant l'égalité des chances

¹⁷ Pierre GIROUX (dir.), *Contrats des organismes publics québécois*, Farnham, Les Publications CCH/FM Ltée, 1988, p. 537.

¹⁸ Patrice GARANT, *Droit administratif général*, 6^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 350.

¹⁹ Selon l'article 1376 du *Code civil du Québec*, les règles du Livre sur les obligations « s'appliquent à l'État et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Cette disposition reconnaît que des règles exorbitantes du droit commun sont susceptibles de trouver application lorsque l'État est partie à un contrat; *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 26; voir également Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale: précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1122; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, préc., note 11, p. 609 à 617.

²⁰ P. GARANT, préc., note 18, p. 350; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, préc., note 11, p. 614; *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 1032, par. 47-48.

²¹ P. GARANT, préc., note 18, p. 351. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, préc., note 11, p. 615.

²² R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *id.*, p. 616.

²³ P. GARANT, préc., note 18, p. 381.

²⁴ *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 85; *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, préc., note 20, par. 48; *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 2, al. 2.

parmi les concurrents aux contrats publics, l'État promeut une saine concurrence entre les contractants potentiels et accorde ainsi à une majorité d'entre eux l'opportunité de contracter avec lui²⁵.

B. Les organismes assujettis et les contrats visés

Dans la LCOP, la notion d'organisme public comprend, en plus des ministères du gouvernement et organismes décentralisés (commissions et tribunaux administratifs), les institutions d'enseignement (commissions scolaires, cégeps, universités), et les agences de la santé²⁶. Les municipalités et les sociétés de transport ne sont pas incluses dans la définition d'« organismes publics » de la LCOP, mais comme nous le verrons plus loin, ces organismes sont néanmoins visés par les mesures relatives à l'autorisation préalable de contracter. Les contrats publics auxquels la LCOP s'applique sont les contrats d'approvisionnement, incluant les contrats d'achat ou de location de biens meubles, les contrats de travaux de construction et les contrats de services, lorsqu'ils comportent une dépense de fonds publics²⁷. Les contrats de partenariat public-privé et les contrats déterminés par le gouvernement sont soumis à la LCOP, qu'ils comportent ou non une dépense de fonds publics²⁸.

La LCOP prévoit deux procédures d'octroi des contrats, l'adjudication et l'attribution. L'adjudication des contrats se fait par voie d'appel d'offres public. Selon l'article 10 de la LCOP, un organisme public doit avoir recours à la procédure d'appel d'offres public pour tout contrat d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction comportant une dépense égale ou supérieure au seuil minimal prévu dans tout accord intergouvernemental applicable pour chacun de ces contrats et organismes publics²⁹,

²⁵ P. GARANT, préc., note 18, p. 381; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, préc., note 11, p. 616.

²⁶ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 4.

²⁷ *Id.*, art. 3. « Sont assimilés à des contrats de services, les contrats d'affrètement, les contrats de transport autres que ceux assujettis à la Loi sur l'instruction publique (chapitre I-13.3), les contrats d'assurance de dommages et les contrats d'entreprise autres que les contrats de travaux de construction. » *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 3, *in fine*.

²⁸ *Id.*, art. 3.

²⁹ Le seuil minimal diffère selon qu'il s'agit d'un contrat public conclu par un ministère ou un autre organisme du gouvernement, ou par une entreprise du gouvernement « à vocation industrielle ou commerciale ». CONSEIL DU TRÉSOR, *Accords de libéralisation des marchés publics – seuils d'application*, en ligne: <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/filead->

pour tout contrat de partenariat public-privé et tout autre contrat déterminé par règlement du gouvernement³⁰. L'article 14 de la LCOP énonce que l'attribution des contrats publics de gré à gré est permise dans le cas où la dépense est inférieure au seuil minimal, mais précise que l'octroi doit néanmoins être fait dans le « respect des principes de la présente loi ». L'organisme public doit notamment évaluer la possibilité de procéder par voie d'appel d'offres public ou sur invitation, d'instaurer un processus qui permet la participation des concurrents de la région concernée et d'effectuer une rotation parmi les concurrents et contractants auquel il fait appel³¹. La *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* impose également la création au sein de chaque organisme public d'un poste de « responsable de l'observation des règles contractuelles » chargé de conseiller les dirigeants des organismes publics, de surveiller l'application des règles contractuelles prévues par la LCOP et de voir à l'intégrité des processus internes³².

C. Les registres de la LCOP

1. Le Registre des entreprises non admissibles

L'article 49 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* a introduit dans la LCOP le chapitre V.1 intitulé « Inadmissibilité aux contrats publics ». Ce nouveau chapitre oblige le Conseil du Trésor à tenir un registre des contractants non admissibles aux contrats publics (ci-après, le « RENA »)³³. Les entreprises inscrites à ce registre ne peuvent présenter une soumission pour la conclusion d'un contrat ou sous-contrat public tel que défini à la LCOP, et ce, pour la durée fixée par règlement à l'égard de l'infraction ou du groupe d'infractions commises, laquelle ne peut dépasser cinq ans³⁴. Cette

[min/PDF/faire_affaire_avec_etat/cadre_normatif/accords/tab_synthese_seuils_accords.pdf](#) (consulté le 2 février 2017).

³⁰ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 10. Toutefois, dans certaines situations, en cas d'urgence notamment, le recours au contrat de gré à gré est permis pour ce type de contrats (art. 13).

³¹ *Id.*, art. 14, al. 1, 2 et 3.

³² *Id.*, art. 21.02.2.

³³ *Id.*, art. 21.6. Dans sa première mouture, l'article 21.6 prescrivait l'inadmissibilité des entreprises pour la commission des infractions prévues par règlement. En 2012, on a ajouté l'annexe I de la LCOP qui énumère les infractions pour la commission desquelles les entreprises deviennent non admissibles aux contrats publics. L'article 21.42 de la LCOP donne au gouvernement le pouvoir de modifier l'annexe I.

³⁴ *Id.*, art. 21.4.1

inadmissibilité découle de la commission par l'entreprise, ou une personne lui étant liée, de l'une ou l'autre des infractions prévues à l'annexe I de la Loi³⁵. La Loi prévoit toutefois que le ministre responsable de l'organisme public peut autoriser ce dernier, dans certaines circonstances, à contracter avec une entreprise non admissible³⁶.

Toutefois, comme nous le verrons dans la prochaine section, une entreprise inscrite au RENA peut demander en tout temps une autorisation préalable à contracter et être ainsi radiée du RENA.

2. Le Registre des entreprises autorisées

L'article 10 de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* a modifié la LCOP en insérant le chapitre V.2 sur [1]'« autorisation préalable à l'obtention d'un contrat public ou d'un sous-contrat public ». Depuis cette modification, toute entreprise désirant obtenir un contrat public d'une valeur excédant les montants déterminés par décret du gouvernement doit obtenir une autorisation préalable de l'AMF³⁷. Ce régime d'autorisation s'applique non seulement aux contrats publics des ministères et organismes publics, mais également à ceux d'une municipalité, d'une communauté métropolitaine, d'une société d'économie mixte ou d'une société de transport en commun relatifs à « [...] l'exécution de travaux ou pour la fourniture d'assurance, de matériel, de matériaux ou de services, [...] »³⁸. De tels contrats seront, aux fins de l'application de ces dispositions, réputés être des « contrats publics », et les municipalités et sociétés réputées

³⁵ *Id.*, art. 21.1 à 21.4 (incl.), annexe I; *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, préc., note 6, art. 91, qui a remplacé l'annexe I du *Règlement sur le registre des entreprises non admissibles aux contrats publics et sur les mesures de surveillance et d'accompagnement*, (RLRQ, c. C-65.1, r. 8.1). Selon l'article 91 de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, les entreprises qui seront déclarées coupables après l'entrée en vigueur de la loi seront inscrites au registre pour une période de cinq ans à compter du jugement définitif.

³⁶ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.5.

³⁷ *Id.*, art. 21.17.

³⁸ *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 573.3.3.2, al. 1 et 573.3.3.3, al. 1. Voir aussi: *Loi sur la communauté métropolitaine de Montréal*, RLRQ, c. C-37.01, art. 118.1.1, al. 1 et 118.1.2, al. 1; *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, art. 938.3.2, al. 1 et 938.3.3, al. 1; *Loi sur la communauté métropolitaine de Québec*, RLRQ, c. C-31.02, art. 111.1.1, al. 1 et 111.1.2, al. 1; *Loi sur les sociétés d'économie mixte dans le secteur municipal*, RLRQ, c. S-25.01, art. 41.1, al. 1; *Loi sur les sociétés de transport en commun*, RLRQ, c. S-30.01, art. 108.1.1, al. 1 et 108.1.2, al. 1.

être des « organismes publics » au sens de la LCOP³⁹. Comme nous le soulignons plus haut, le chapitre V.2 de la LCOP relatif à l'autorisation à contracter a été introduit au moment où les audiences publiques de la Commission Charbonneau révélaient l'existence de systèmes de collusion et de corruption à l'échelle municipale pour l'obtention des contrats de construction⁴⁰. Dès lors, le gouvernement n'avait d'autre choix que de rendre le mécanisme de l'autorisation préalable à contracter applicable aux municipalités, bien que celles-ci ne soient pas visées par la définition d'organisme public dans la LCOP.

Le montant déterminé par le gouvernement est de 1 million de dollars pour tout contrat et sous-contrat de services conclu à la suite d'un appel d'offres ou d'un processus d'attribution de contrat de gré à gré⁴¹. Ce montant a été abaissé à deux reprises depuis 2013. Il était de 10 millions avant le 6 décembre 2013⁴², et de 5 millions jusqu'au 24 octobre 2014⁴³. Le montant pour tout contrat de partenariat public-privé et pour tout contrat de construction est, lui, fixé à 5 millions de dollars⁴⁴. Il était de 10 millions avant le 24 octobre 2014⁴⁵. Pour les contrats de construction de la Ville de Montréal, le montant est de 100 000 dollars⁴⁶.

Il importe de mentionner ici qu'une entreprise non admissible aux contrats publics peut en tout temps demander à l'AMF la délivrance d'une autorisation à contracter⁴⁷. Lorsque l'AMF accorde cette autorisation, l'entreprise autrefois inadmissible est retirée du RENA⁴⁸. Cette possibilité a été

³⁹ *Id.*

⁴⁰ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, *Rapport final*, Montréal, 4 novembre 2015, en ligne: <https://www.ceic.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/fichiers/Rapport_final/Rapport_final_CEIC_Integral_c.pdf> (consulté le 2 février 2017).

⁴¹ *Décret 435-2015*, 27 mai 2015, 147 G.O. II, 1627-1628, entré en vigueur le 2 novembre 2015.

⁴² *Décret 1105-2013*, 30 octobre 2013, 145 G.O. II, 4888-4889.

⁴³ *Décret 796-2014*, 10 septembre 2014, 146 G.O. II, 3405.

⁴⁴ *Décret 793-2014*, 10 septembre 2014, 146 G.O. II, 3403, entré en vigueur le 24 octobre 2014.

⁴⁵ *Décret 1103-2013*, 30 octobre 2013, 145 G.O. II, 4889.

⁴⁶ *Décret 795-2014*, 10 septembre 2014, 146 G.O. II, 3404-3405, entré en vigueur le 24 septembre 2014.

⁴⁷ Sauf si l'inscription au RENA résulte d'un refus de l'autorisation à contracter, auquel cas l'entreprise doit attendre un délai de 12 mois avant de demander une nouvelle autorisation: cf. *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.24.

⁴⁸ *Id.*, art. 58.2.

ajoutée à la LCOP en 2015 par la *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement*⁴⁹. L'article 33 de cette loi a modifié la LCOP en y ajoutant l'article 58.2 :

58.2. Un contractant inscrit au registre des entreprises non admissibles aux contrats publics constitué en vertu de la section II du chapitre V.1 pour un motif autre que ceux prévus à l'article 88 de la Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics (2012, chapitre 25) **peut en tout temps présenter à l'Autorité des marchés financiers une demande d'autorisation prévue au chapitre V.2.**

La délivrance par l'Autorité d'une telle autorisation entraîne, malgré toute disposition inconciliable, le retrait de l'inscription du contractant à ce registre. [...]

(Nous soulignons)

Cet amendement a pour effet de limiter de manière appréciable les conséquences de la condamnation d'une entreprise pour la commission d'une infraction visée à l'annexe I de la LCOP, ce qui était pourtant l'objectif des amendements apportés à la LCOP par la *Loi sur la lutte contre la corruption* en 2011⁵⁰. Il paraît incohérent à première vue de permettre à des entreprises non admissibles aux contrats publics d'obtenir une autorisation à contracter pour les contrats publics qui nécessitent une dépense de fonds publics importante. Un autre changement significatif apporté à la LCOP est l'ajout de l'article 21.2.0.1 qui se lit comme suit :

21.2.0.1. L'inscription au registre prévu à l'article 21.6 ne peut s'effectuer en vertu de l'article 21.1 ou du premier alinéa de l'article 21.2 dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

1° l'infraction à l'origine de la déclaration de culpabilité a déjà été considérée par l'Autorité des marchés financiers dans le cadre de l'application du chapitre V.2 et, à cette occasion, **une autorisation a été délivrée** au contractant ou l'autorisation que celui-ci détenait n'a pas été révoquée ou a été renouvelée ;

⁴⁹ *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement*, préc., note 9.

⁵⁰ Les notes explicatives du Projet de loi n° 15, qui est devenu le chapitre 17 des lois de 2011, énoncent que ce projet de loi « modifie de plus la Loi sur les contrats des organismes publics et certaines lois du domaine municipal afin de rendre inadmissibles aux contrats publics les contractants qui ont été déclarés coupables de certaines infractions. La loi prévoit aussi la création d'un registre à ce sujet ».

2° l'infraction à l'origine de la déclaration de culpabilité de même que cette déclaration **n'ont pas encore été considérées par l'Autorité des marchés financiers** dans le cadre d'une demande qui lui a été présentée en vertu du chapitre V.2 et qui est actuellement à l'étude ou à la suite d'un avis donné en vertu de l'article 21.32.

L'Autorité doit transmettre au président du Conseil du trésor les renseignements requis pour l'application du premier alinéa.

(Nous soulignons)

Par cet amendement, dès lors que l'AMF a délivré l'autorisation à contracter malgré la déclaration de culpabilité de l'entreprise pour l'une des infractions mentionnées à l'annexe I, celle-ci se trouve pour ainsi dire relevée des conséquences de sa condamnation aux fins de l'obtention de contrats publics. En outre, selon ce même article 21.2.0.1, l'inscription au RENA ne peut s'effectuer lorsque l'AMF étudie la demande d'autorisation à contracter d'une entreprise ayant été déclarée coupable d'une infraction mentionnée à l'annexe I de la Loi ou après que le commissaire aux vérifications a transmis son avis selon l'article 21.32 de la LCOP au sujet d'une possible révocation de l'autorisation à contracter. L'autorisation à contracter émise par l'AMF devient en quelque sorte le test ultime permettant aux entreprises d'établir, malgré la commission d'infractions criminelles ou pénales, qu'elles satisfont aux « exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre »⁵¹. Lorsqu'une entreprise est autorisée à contracter, les motifs justifiant son inscription au RENA sont réputés ne plus exister.

Par ailleurs, une entreprise qui se voit refuser ou révoquer l'autorisation de l'AMF sera inscrite au RENA⁵² pour les contrats publics assujettis à une telle autorisation⁵³. Cette entreprise devra attendre un délai de douze mois suivant le refus ou la révocation pour demander une nouvelle autorisation à l'AMF⁵⁴. Celle-ci pourra toutefois considérer un délai plus court pour permettre à l'entreprise de faire une nouvelle demande si les correctifs demandés ont été apportés.

⁵¹ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.27.

⁵² *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, préc., note 6, art. 88.

⁵³ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.17.

⁵⁴ *Id.*, art. 21.24.

En définitive, les amendements à la LCOP introduits par la *Loi visant la récupération des sommes payées injustement* font en sorte d'enlever tout effet utile au caractère d'inadmissibilité des entreprises dès lors que celles-ci obtiennent une autorisation à contracter. C'était d'ailleurs l'intention du législateur, lors de l'adoption de la *Loi sur l'intégrité*, de supprimer le régime d'inadmissibilité de la LCOP ajouté par la *Loi concernant la lutte contre la corruption* en 2011⁵⁵. Toutefois, l'article abrogeant le chapitre V.1 n'a jamais été mis en vigueur par le gouvernement⁵⁶, et les chapitres V.1 et V.2 ont donc continué à coexister⁵⁷.

D. Le projet de création d'une instance nationale d'encadrement des marchés publics

En novembre 2015, la Commission Charbonneau déposait un rapport à l'intention du gouvernement du Québec contenant 60 recommandations pour lutter contre la corruption et la collusion dans l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction⁵⁸. Dans son rapport, la Commission Charbonneau faisait état de vulnérabilités dans le système d'octroi des contrats publics au Québec, dont la très grande autonomie accordée aux donneurs d'ouvrages publics, leur manque d'expertise et la possibilité pour un élu d'influencer l'octroi des contrats publics⁵⁹. Elle mentionnait également au passage l'incapacité du Secrétariat du Conseil du Trésor à intervenir pour prévenir la corruption et la corruption dans les contrats des organismes publics⁶⁰. Sa première recommandation était de créer une instance nationale d'encadrement des marchés publics qui

⁵⁵ L'article 9 de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, préc., note 6, abrogeait le chapitre V.1 en entier :

« 9. Le chapitre V.1 de cette loi, comprenant les articles 21.1 à 21.16, est abrogé ».

⁵⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Tableau des entrées en vigueur, Lois sanctionnées depuis le 1er janvier 2008*, en ligne : <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/PDF/TEEV2008FrEn.pdf>> (consulté le 2 février 2017), p. 2012 / 7.

⁵⁷ Le Projet de loi n°108 créant l'Autorité des marchés publics conserve les deux registres qui relèveront de cet organisme : *Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics*, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-108-41-1.html>> (consulté le 16 mai 2017), art. 20, al. 4.

⁵⁸ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, préc., note 40.

⁵⁹ *Id.*, t. III, p. 91.

⁶⁰ *Id.*, t. III, p. 67.

aurait pour mandat de « surveiller les marchés publics afin de déceler les problèmes de malversation »⁶¹.

En juin 2016, le gouvernement du Québec a déposé le Projet de loi n° 108 (ci-après, le « PL 108 ») instituant l'Autorité des marchés publics (ci-après, l'« AMP »). La nouvelle instance exercera les responsabilités actuellement dévolues au Conseil du Trésor et l'AMF aux chapitres V.1 à V.2 de la LCOP⁶². Les notes explicatives du PL 108 énoncent que le projet de loi modifie la LCOP afin d'« assurer le caractère permanent du régime d'inadmissibilité aux contrats publics et de concilier ce régime avec celui concernant les autorisations à contracter »⁶³. L'AMP aura également pour fonction de traiter les plaintes relatives aux processus d'adjudication des contrats publics qui relèvent de sa compétence, d'examiner la gestion contractuelle du Ministère des Transports, et d'effectuer une « veille des contrats publics »⁶⁴. Dans un amendement déposé en octobre 2016, l'AMP se voit également confier la mission de « veiller au maintien d'une cohérence dans l'examen des processus d'attribution et d'adjudication des contrats publics »⁶⁵. En matière de conformité, le PL 108 confère à l'AMP des fonctions qui n'existent pas dans la LCOP, soit la vérification de la conformité du processus d'adjudication ou d'attribution d'un contrat public au cadre normatif auquel un organisme est assujéti⁶⁶. L'AMP pourra également faire des vérifications, mener des enquêtes et même intervenir pour modifier les documents d'appel d'offres publics si elle juge que les conditions qui y sont contenues « n'assurent pas un traitement intègre et équitable des concurrents »⁶⁷.

La création de l'AMP est certainement un pas dans la bonne direction. Contrairement à l'AMF, cet organisme pourra surveiller non seulement les entreprises qui désirent contracter avec l'État, mais également l'ensemble du processus d'attribution et d'adjudication des contrats publics par les organismes publics. Ainsi, ce n'est pas seulement l'intégrité des concu-

⁶¹ *Id.*, t. III, p. 91.

⁶² Projet de loi 108, *Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l'Autorité des marchés publics*, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-108-41-1.html>> (consulté le 16 mai 2017), art. 20.

⁶³ *Id.*, p. 3.

⁶⁴ *Id.*, art. 20.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*, art. 21.

⁶⁷ *Id.*, art. 27.

rents qui fera l'objet de la surveillance de l'AMP, comme le requiert l'objectif prévu à l'alinéa 0.1 de l'article 2 de la LCOP, mais aussi celle des organismes publics, en conformité avec l'objectif énoncé à l'alinéa 6, soit celui de la « reddition de comptes fondée sur l'imputabilité des dirigeants d'organismes publics et sur la bonne utilisation des fonds publics ». Depuis le dépôt du PL 108, des critiques se sont élevées à l'égard du manque d'indépendance de l'AMP, et au fait que cette instance n'a pas compétence sur l'ensemble des contrats des organismes publics. On a aussi déploré que seule la gestion contractuelle du Ministère des Transports relève de la compétence de l'AMP⁶⁸. Dans sa mouture actuelle, l'AMP du PL 108 n'est donc pas l'instance nationale d'encadrement des marchés publics envisagée dans le rapport de la Commission Charbonneau, car l'étendue de son champ d'action est limitée notamment par la compétence résiduaire du Conseil du Trésor sur certains contrats publics.

II. L'intégrité des contractants et le contrôle de conformité

L'introduction d'un système de contrôle de l'intégrité des entreprises impose aux entreprises désirant contracter avec l'État l'obligation de démontrer de manière positive qu'elles satisfont aux « exigences élevées d'intégrité auxquels le public est en droit de s'attendre »⁶⁹. Le législateur a confié à l'AMF la tâche de vérifier la conformité des entreprises à ces standards élevés d'intégrité. La fonction principale de l'AMF est la surveillance des activités d'entreprises privées dans les secteurs des assurances, des valeurs mobilières, des institutions de dépôt (sauf les banques) et de la distribution de produits et services financier⁷⁰. L'ajout de cette responsabilité au regard de l'autorisation à contracter pour les contrats publics s'éloigne donc de la mission première de cet organisme.

On peut se demander pour quelles raisons le législateur a choisi de déléguer à l'AMF, plutôt qu'au Conseil du Trésor, par exemple, qui assume déjà plusieurs responsabilités liées à l'application de la LCOP, ce rôle d'examen de l'intégrité des concurrents aux contrats publics. Une hypothèse est

⁶⁸ COMITÉ PUBLIC DE SUIVI DES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION CHARBONNEAU, *Rapport*, novembre 2016, en ligne: <http://www.suiviceic.org/Dossier_de_presse_Comite-suiwi-CEIC.pdf> (consulté le 2 février 2017).

⁶⁹ Pour les contrats dépassant les seuils déterminés par le gouvernement.

⁷⁰ *Loi sur l'autorité des marchés financiers*, RLRQ, c. A-33.2, art. 4 et 7.

la volonté de confier cette tâche à un organisme indépendant du gouvernement. L'AMF n'est pas comprise dans la définition d'« administration gouvernementale » au sens de la *Loi sur l'administration publique*⁷¹. Le gouvernement nomme le Président-directeur général de l'AMF pour un mandat renouvelable de cinq ans, mais c'est ce dernier qui nomme les surintendants qui administrent les activités et les opérations des cinq directions de l'AMF⁷². Aussi, le personnel de l'organisme est soumis aux règlements de l'Autorité et ne fait pas partie de la fonction publique québécoise⁷³. Une autre raison est que l'AMF a déjà acquis une expertise considérable en matière de contrôle de la probité des entreprises qui œuvrent dans le secteur financier, dans le cadre notamment de ses fonctions d'émission des permis et autorisations en vertu des nombreuses lois qui relèvent de sa mission de surveillance⁷⁴. L'AMF a ainsi développé des normes de conformité et d'intégrité pour les administrateurs et le personnel des entreprises sur les marchés financiers⁷⁵. Cette expertise pouvait donc être rapidement mise à profit aux fins de l'attribution des autorisations à contracter introduites dans la LCOP par la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*.

A. L'intégrité des contractants

Nous avons souligné plus haut que c'est la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* qui a ajouté l'objectif contenu à l'alinéa 0.1 de la LCOP concernant la confiance du public dans « l'intégrité des concurrents »⁷⁶. Selon l'auteur Giroux, cet objectif est une « source privilégiée d'interpréta-

⁷¹ *Loi sur l'administration publique*, RLRQ, c. A-6.01, art. 3; *Autorité des marchés financiers c. Assomption, compagnie mutuelle d'assurance-vie*, 2007 QCCA 1062 (CanLII).

⁷² *Loi sur l'autorité des marchés financiers*, préc., note 70, art. 23.

⁷³ *Id.*, art. 26.

⁷⁴ Notamment la *Loi sur les assurances*, RLRQ, c. A-32, la *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ, c. C-67.3, la *Loi sur les entreprises de services monétaires*, RLRQ, c. E-12.000001, la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.01 et la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1. C'est là le motif invoqué par le ministre Stéphane Bédard lors de l'étude du projet de loi n° 1 introduisant la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, comme le rapporte la Cour supérieure dans l'affaire 9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2014 QCCS 2070, par. 74. Voir également: *Bruni c. Autorité des marchés financiers*, 2011 QCCA 994, par. 85, 88 et 89.

⁷⁵ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Ligne directrice sur les critères de probité et de compétence*, juin 2012, en ligne: <http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/lignes-directrices-assurance/ld_probite_competence.pdf> (consulté le 2 février 2017).

⁷⁶ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 2, al. 0.1.

tion législative»⁷⁷. Comme nous le verrons plus loin, les tribunaux ont jugé que la notion d'intégrité consacrée à la LCOP doit recevoir une interprétation large⁷⁸. Autrement, l'atteinte des objectifs législatifs d'intégrité et de confiance du public serait mise en péril. Dans le jugement rendu dans l'affaire *Terra Location*, la Cour supérieure écrivait à propos des modifications apportées à la LCOP par la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*:

[5] C'est là l'occasion pour le gouvernement de se doter de moyens pour s'attaquer à la collusion et à la corruption dans l'environnement des contrats passés avec l'État : le système ainsi établi permet de vérifier – en amont – si les entreprises désirant contracter avec le gouvernement satisfont à des exigences élevées d'intégrité et de probité.⁷⁹

Par le biais du mécanisme d'autorisation à contracter, l'AMF effectue un contrôle de la conformité des entreprises aux exigences d'intégrité requises par la loi pour l'obtention de certains contrats publics. L'obligation imposée aux contractants de maintenir des exigences élevées d'intégrité contribue au maintien de l'intégrité des contrats publics et, par le fait même, à assurer la confiance du public dans la gestion éthique des contrats publics.

Lorsque l'autorisation est accordée, l'entreprise peut conclure des contrats publics d'une valeur excédant le seuil déterminé par le gouvernement et être inscrite au REA⁸⁰. Inversement, si l'AMF refuse l'autorisation, il sera interdit à l'entreprise de conclure tout contrat ou sous-contrat avec des organismes publics d'une valeur excédent ce seuil. De plus, comme expliqué ci-dessus, ce refus entraînera l'inscription de l'entreprise au RENA⁸¹. L'entreprise devra attendre un délai d'un an avant de demander une nouvelle autorisation à l'AMF, mais elle ne pourra obtenir aucun contrat public tant et aussi longtemps que l'AMF n'aura pas accordé une autorisation à contracter⁸². La LCOP accorde également à l'AMF le pouvoir de

⁷⁷ P. GIROUX, préc., note 17, p. 595, citant à l'appui le jugement rendu dans l'affaire *Panavidéo inc. c. Société immobilière du Québec* 2013 QCCS 5419 où la Cour supérieure écrit au paragraphe 30 que la LCOP a le même objectif que la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, RLRQ, c. T-11.011.

⁷⁸ 9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2014 QCCS 2070, par. 107.

⁷⁹ *Terra Location inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 509, par. 15.

⁸⁰ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.45.

⁸¹ *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, préc., note 6, art. 88.

⁸² *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 58.2.

révoquer une autorisation qu'elle avait précédemment octroyée lorsque l'entreprise fait défaut de lui communiquer les renseignements demandés, ou lorsque les correctifs demandés n'ont pas été apportés⁸³.

L'autorisation est valide pour une période de trois ans, à l'expiration de laquelle l'entreprise doit en demander le renouvellement⁸⁴. La LCOP établit par ailleurs une présomption selon laquelle l'entreprise contractante dont l'autorisation est expirée ou révoquée est réputée en défaut d'exécuter le contrat public en cours⁸⁵. Toutefois, le Conseil du Trésor peut autoriser la poursuite de l'exécution d'un tel contrat pour un motif d'intérêt public⁸⁶. Le Conseil du Trésor peut également permettre à un organisme public de contracter avec une entreprise n'ayant pas été autorisée par l'AMF pour un contrat public dont la valeur excède le seuil minimal prévu par décret. Cette permission peut être assujettie à des mesures de surveillance et d'accompagnement de l'entreprise non autorisée, aux frais de celle-ci⁸⁷. La demande d'autorisation à contracter doit être complétée selon la manière prescrite par l'AMF⁸⁸, laquelle a publié un guide d'accompagnement à l'attention des entreprises décrivant la procédure applicable aux demandes ainsi que les documents et autres attestations requis pour l'obtention de l'autorisation préalable à contracter⁸⁹.

B. Les conditions du refus automatique de l'autorisation

Selon l'article 21.26, l'AMF doit refuser l'autorisation à une entreprise lorsque l'un de ses administrateurs, l'un de ses dirigeants, ou encore un actionnaire qui est une personne physique détenant cinquante pour cent ou plus des actions avec droit de vote, a été déclaré coupable de l'une des

⁸³ *Id.*, art. 21.32, 21.35 et 21.36.

⁸⁴ *Id.*, art. 21.41.

⁸⁵ *Id.*, art. 21.19, al. 1.

⁸⁶ *Id.*, art. 21.19, al. 2.

⁸⁷ *Id.*, art. 21.20, al. 1.

⁸⁸ *Id.*, art. 21.23; *Règlement de l'Autorité des marchés financiers pour l'application de la Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ, c. C-65.1, r. 0.1.

⁸⁹ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, « Guide d'accompagnement à l'intention des entreprises désirant obtenir ou renouveler une autorisation pour contracter/sous-contracter avec un organisme public », en ligne: <https://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/contrats-public/guide-accompagnement-cp-demande-sel_v1-fr.pdf> (consulté le 2 février 2017).

infractions énumérées à l'annexe I de la LCOP⁹⁰. Cette annexe contient plus de 100 infractions, dont la corruption de fonctionnaire⁹¹, la fraude envers le gouvernement (entrepreneur qui souscrit à une caisse électorale afin d'obtenir un contrat avec le gouvernement)⁹², l'abus de confiance par un fonctionnaire public⁹³, l'acte de corruption dans les affaires municipales⁹⁴, le parjure/témoignage contradictoire relatif à des affaires commerciales, professionnelles, industrielles ou financières⁹⁵, la perception d'intérêts à taux criminel⁹⁶, le recyclage des produits de la criminalité⁹⁷, la corruption d'un agent public étranger⁹⁸, etc.

Il est important de souligner ici que la disposition initiale de la LCOP prévoyait le refus automatique lorsque l'entreprise avait été déclarée coupable de l'une des infractions prévues à l'annexe I. L'amendement introduit par la *Loi visant la récupération de sommes payées injustement* a supprimé toutes les références à la culpabilité de l'entreprise comme motif de refus automatique dans la LCOP⁹⁹. Les alinéas 1, 4, 6 et 7 de l'article 21.26 abrogés par l'amendement de 2015, se retrouvent maintenant aux alinéas 0.1 à 0.4 de l'article 21.28 portant sur le refus discrétionnaire de l'AMF. À noter également que, dans la nouvelle version de l'article 21.26, l'alinéa 2 a été modifié de telle sorte que seule la déclaration de culpabilité de l'actionnaire majoritaire *qui est une personne physique* entraîne le refus automatique de l'autorisation à contracter, et non lorsque l'actionnaire majoritaire est une personne morale¹⁰⁰.

Les modifications apportées en 2015 font en sorte que la déclaration de culpabilité de l'entreprise pour une infraction prévue à l'annexe I ou pour une infraction similaire commise à l'étranger n'entraîne plus un refus

⁹⁰ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.26.

⁹¹ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 120.

⁹² *Id.*, art. 121.

⁹³ *Id.*, art. 122.

⁹⁴ *Id.*, art. 123.

⁹⁵ *Id.*, art. 136.

⁹⁶ *Id.*, art. 347.

⁹⁷ *Id.*, art. 462.31.

⁹⁸ *Loi sur la corruption d'agents publics à l'étranger*, L.C. 1998, c. 34, art. 3.

⁹⁹ *Loi visant la récupération de sommes payées injustement*, préc., note 9, art. 31.

¹⁰⁰ Pour faciliter la compréhension des changements apportés aux conditions du refus automatique et du refus discrétionnaire de l'autorisation à contracter, nous avons dressé à l'Annexe 1 un tableau montrant le libellé des articles 21.26 et 21.28 avant et après les modifications de 2015.

automatique de l'autorisation à contracter¹⁰¹. Une autre modification apportée en 2015 est l'abrogation du motif de refus automatique lorsqu'une entreprise a commis une infraction à l'article 641.2 de la *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités* (c. E-2.2), à l'article 221.1.2 de la *Loi sur les élections scolaires* (c. E-2.3) ou à l'article 564.3 de la *Loi électorale* (c. E-3.3). Les infractions contenues à l'ancien alinéa 5 de l'article 21.26 se retrouvent dorénavant énumérées à l'annexe I de la LCOP, et sont considérées par l'AMF dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 21.28.

C'est l'AMF elle-même qui a recommandé les modifications apportées à l'article 21.26 de la LCOP pour limiter les situations entraînant un refus automatique de l'autorisation à contracter. L'AMF considérait que ce refus automatique pouvait compromettre la capacité des entreprises à se réhabiliter après avoir apporté les correctifs appropriés¹⁰². L'AMF soulevait le cas d'une entreprise qui, après avoir fait les changements nécessaires pour se conformer aux nouvelles normes d'intégrité, verrait son autorisation refusée ou révoquée pour des actes commis antérieurement à sa réhabilitation. L'organisme proposait de modifier l'article 21.26 pour retirer notamment de la liste des éléments entraînant un refus automatique les cas où l'entreprise (la personne morale) est condamnée pour une infraction prévue à l'Annexe I ou à une des lois électorales. Pour l'AMF, le fait de devoir refuser l'autorisation à contracter lorsque l'entreprise est déclarée coupable d'une infraction pour des gestes commis « antérieurement à sa réhabilitation » serait « incohérent », car il ne permettrait pas de prendre en compte « les efforts et résultats de réhabilitation d'une entreprise au jour de la décision »¹⁰³. L'AMF estimait toutefois qu'on ne devait pas « donner d'amnistie aux entreprises fautives ni [...] retirer ou [...] anéantir le

¹⁰¹ Les notes explicatives du Projet de loi n° 26 sanctionné en 2015 énoncent cet objectif de manière très explicite : « La loi apporte par ailleurs des modifications à la Loi sur les contrats des organismes publics afin notamment que la demande d'autorisation de contracter présentée par une entreprise qui est déclarée coupable de certaines infractions ne soit pas automatiquement refusée par l'Autorité des marchés financiers ».

¹⁰² AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Observations de l'Autorité des marchés financiers*, présentées à la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics en matière de construction, 23 septembre 2014, en ligne : <https://www.ceic.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_client/centre_documentaire/Piece_202P-2088.pdf> (consulté le 2 février 2017), p. 10.

¹⁰³ *Id.*

pouvoir de l'État de faire condamner ces entreprises ». ¹⁰⁴ Or, nous avons vu plus haut qu'en permettant aux entreprises non admissibles de déposer une demande d'autorisation à contracter, le législateur accorde pour ainsi dire une absolution aux entreprises qui obtiendront l'autorisation de l'AMF, puisque la délivrance de cette autorisation permet aux entreprises non admissibles d'être retirées du RENA. En modifiant les articles 21.26 et 21.28, le législateur a donc suivi la recommandation de l'AMF. On peut se demander, toutefois, comme l'a fait un député de l'Assemblée nationale lors de l'étude du projet de loi 26, si les modifications à la LCOP n'ont pas facilité un peu trop rapidement la réhabilitation des entreprises fautives ¹⁰⁵. Ces modifications ont aussi pour effet de diluer la force de l'énoncé de principe du législateur en 2011 et en 2012 au sujet de l'importance de garantir la confiance du public dans l'intégrité des contrats publics. La possibilité de demander l'autorisation à contracter « en tout temps » pour les entreprises inscrites au RENA envoie le message pour le moins paradoxal que l'inadmissibilité aux contrats publics n'est pas un frein à l'obtention de l'autorisation à contracter pour des contrats publics impliquant une dépense importante de deniers publics. Pour corriger cette anomalie, le gouvernement devrait à tout le moins diminuer les seuils au-delà desquels l'autorisation à contracter est nécessaire. Pour le moment, ces seuils (1 million pour les contrats de services et 5 millions pour les contrats de construction) demeurent très élevés.

C. Le refus discrétionnaire

Lorsque les conditions du refus automatique de l'article 21.26 LCOP ne trouvent pas application, l'AMF peut refuser l'autorisation si elle juge que l'entreprise « ne satisfait pas aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat public » ¹⁰⁶. Le législateur n'a pas jugé bon de définir ces « exigences élevées d'intégrité ». Il a toutefois énoncé à l'article 21.28 certains des facteurs sur lesquels

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 20 mai 2014, « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 26 – Loi visant principalement la récupération de sommes obtenues à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics », le jeudi 15 janvier 2015, en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-150115.html>> (consulté le 16 mai 2017).

¹⁰⁶ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.27.

l'AMF peut se fonder pour refuser l'autorisation de contracter sur la base de ce motif. L'emploi du mot « notamment » à l'article 21.28 de la LCOP indique que le législateur a voulu que l'énumération de ces facteurs ne soit pas limitative. Ces facteurs comprennent « le fait que l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée au premier alinéa ait été poursuivie, au cours des cinq années précédentes, à l'égard d'une des infractions visées à l'annexe I » (alinéa 5), « le fait que l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée au premier alinéa, a, de façon répétitive, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la loi dans le cours de ses affaires » (alinéa 6), « le fait qu'une personne raisonnable viendrait à la conclusion que l'entreprise est le prête-nom d'une autre entreprise qui n'obtiendrait pas une autorisation » (alinéa 8) et « le fait qu'il n'y a pas d'adéquation entre les sources légales de financement de l'entreprise et ses activités » (alinéa 9)¹⁰⁷.

De son propre avis, l'AMF exerce une mission de « réhabilitation des entreprises »¹⁰⁸ et contribue, par le biais du mandat qui lui est confié dans la LCOP, à l'amélioration de la conformité et de la bonne gouvernance dans les entreprises désirant contracter avec des organismes publics québécois¹⁰⁹. La conformité est « l'ensemble des mesures prises par l'entreprise et sa direction dans le but de répondre aux exigences posées par les lois et règlements »¹¹⁰. Les normes de conformité sont un complément à la réglementation¹¹¹. C'est un champ normatif où la *soft law* est importante, sinon prépondérante, puisqu'il est en grande partie formé de normes administratives formulées par des organismes de régulation comme l'AMF. Le contrôle de la conformité relève ainsi de règles d'origine externe et interne, de normes juridiques contraignantes et de lignes directrices et codes de conduite privés¹¹². Au moyen de l'établissement de normes de contrôle interne, l'entreprise se porte en quelque sorte garante du respect des normes externes¹¹³. Ce contrôle interne est aussi « un moyen pour l'entreprise de vérifier la conformité au droit de son action et des objectifs qu'elle pour-

¹⁰⁷ *Id.*, art. 21.28.

¹⁰⁸ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Observations de l'Autorité des marchés financiers*, préc., note 102, p. 7.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Christophe COLLARD (dir), *Risque juridique et conformité: manager la compliance*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2011, p. 123.

¹¹¹ *Id.*, p. 75.

¹¹² *Id.*, p. 73.

¹¹³ *Id.*, p. 91.

suit», réduisant ainsi les risques juridiques et les pertes qui en découlent¹¹⁴. Selon l'AMF, la perspective de perte de l'accès aux marchés des contrats publics est un incitatif important pour se conformer aux règles. La conformité joue ainsi sa fonction la plus importante, soit de susciter au sein des entreprises une prise de conscience de la nécessité de mettre en place des mécanismes d'autorégulation pour éviter les conséquences néfastes d'une mauvaise gestion des risques juridiques associés à l'application des règles de la LCOP.

L'AMF a adopté des lignes directrices qui établissent les principes et valeurs sur lesquels elle s'appuie dans l'exercice de sa mission de surveillance. Dans la *Ligne directrice sur la conformité*, l'AMF énonce qu'elle veut adopter une « approche basée sur des principes plutôt que d'édicter des règles précises », laissant ainsi aux institutions réglementées la « latitude nécessaire leur permettant de déterminer elles-mêmes les stratégies, politiques, et procédures pour la mise en œuvre de ces principes de saine gestion »¹¹⁵. Comme nous le verrons plus loin, l'AMF accorde un très grand poids à la mise en place de contrôles internes de conformité pour décider si l'entreprise satisfait aux exigences d'intégrité requises pour obtenir l'autorisation à contracter. Bien que l'AMF soit elle-même un organisme possédant de vastes pouvoirs d'enquête dans sa mission de surveillance des marchés financiers¹¹⁶, le législateur a choisi de confier à une autre autorité le mandat de mener l'enquête et de faire les vérifications relatives aux demandes de délivrance et de renouvellement de l'autorisation à contracter. C'est le commissaire associé aux vérifications nommé conformément à l'article 8 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* qui est chargé de faire ces vérifications¹¹⁷. Au terme de son enquête, le commissaire associé aux vérifications remet tous les renseignements pertinents à l'AMF et lui donne un avis indiquant le motif pour lequel il est recommandé, selon le cas, de refuser ou de ne pas renouveler l'autorisation¹¹⁸. À la réception de cet avis, l'AMF procède à sa propre appréciation des faits.

¹¹⁴ Arnaud FÉLIX, « Le contrôle interne : le concept », (2007) 74 *LPA* 1, 5, cité dans C. COLLARD, préc., note 110, p. 81.

¹¹⁵ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Ligne directrice sur la conformité*, avril 2009, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/lignes-directrices-toutes-institutions/2009mai26-ld-conformite-fr.pdf>> (consulté le 2 février 2017).

¹¹⁶ *Loi sur l'autorité des marchés financiers*, préc., note 70, art. 9 et 10.

¹¹⁷ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.30.

¹¹⁸ *Id.* art. 21.30, 21.31, 21.31. La LCOP prévoit que le pouvoir de vérifications du commissaire associé est continu dans le temps. L'article 21.32 lui permet en effet de faire

Lorsque l'AMF décide de ne pas accorder l'autorisation, elle peut faire une demande de correctifs à l'entreprise¹¹⁹, ou lui transmettre un préavis de refus d'autorisation¹²⁰. L'AMF peut demander à l'entreprise d'apporter des mesures correctives et de prendre des engagements formels. Ce sera notamment le cas lorsque le manquement constitue un acte isolé¹²¹. Ces mesures correctives peuvent être le « retrait de dirigeants ou d'administrateurs problématiques » ou la « démonstration que des mesures de gouvernance et de contrôles internes ont été mises en place et que ces mesures sont efficaces »¹²². L'AMF procédera par l'envoi d'un préavis de refus si les faits rapportés dans l'avis du commissaire associé dénotent des problèmes plus sérieux. Les motifs invoqués par l'AMF dans un préavis de refus peuvent être de plusieurs ordres, incluant le « [...] manque d'intégrité systémique du modèle d'affaires (collusion, corruption, financement illégal de partis politiques), [...] l'entreprise qui contrôle la demanderesse n'obtiendrait pas l'autorisation ou la [...] participation à un stratagème de factures de complaisance [...] »¹²³. Dans le cas où l'AMF transmet un préavis de refus, l'entreprise aura l'opportunité de rectifier les faits, de fournir des explications et de soumettre des observations expliquant les manquements et déficiences allégués¹²⁴, en démontrant notamment qu'elle a mis en place de mesures de contrôle interne permettant de détecter et d'éliminer la fraude et la corruption¹²⁵. Ainsi, parmi les 30 autorisations à contracter émises par l'AMF au cours des 20 premiers mois après l'adoption du chapitre V.2 sur l'autorisation préalable à contracter, 19 l'ont été à la suite des observations des entreprises en réponse au préavis de refus reçu de l'AMF¹²⁶. L'AMF assure un suivi des mesures mises en place ainsi que des engagements pris par l'entreprise¹²⁷. L'entreprise a elle-même un devoir de divulgation

des vérifications « en tout temps pendant la durée d'une autorisation ». Si le commissaire associé constate que la validité d'une autorisation peut être affectée, il en donne avis à l'AMF.

¹¹⁹ *Id.*, art. 21.36.

¹²⁰ *Id.* art. 21.37.

¹²¹ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Observations de l'Autorité des marchés financiers*, préc., note 102, p. 6.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.37.

¹²⁵ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Observations de l'Autorité des marchés financiers*, préc., note 102, p. 6-7.

¹²⁶ *Id.*, p. 6.

¹²⁷ *Loi sur les contrats des organismes publics*, préc., note 1, art. 21.35.

continu et doit aviser l'AMF de tout changement relatif aux informations déjà transmises¹²⁸. Le commissaire associé peut également continuer de surveiller l'entreprise durant la période de validité de l'autorisation¹²⁹, et le non-respect d'une mesure ou d'un engagement peut entraîner la révocation d'une autorisation¹³⁰.

D. Le régime d'intégrité québécois vu par les tribunaux

Depuis l'entrée en vigueur du chapitre V.2 de la LCOP, il y a eu peu de contestations judiciaires des décisions de l'AMF. L'affaire *Bentech* a donné lieu au jugement le plus instructif à ce jour sur le mécanisme de l'autorisation à contracter¹³¹. Dans cette affaire, le refus de l'autorisation était fondé notamment sur le fait que *Bentech* agissait comme prête-nom pour une entreprise dont la preuve révélait qu'elle avait participé à un système de factures de complaisance et de collusion dans le domaine des égouts. Se basant sur l'alinéa 8 de l'article 21.28 de la LCOP, l'AMF a refusé la demande, étant donné les liens de *Bentech* avec une entreprise qui ne pourrait elle-même obtenir l'autorisation¹³². La Cour supérieure donne raison à l'AMF et souligne dans ses motifs la compétence particulière de cet organisme sur les questions de probité, d'ailleurs reconnue par la Cour d'appel¹³³, et son « rôle naturel de protection du public »¹³⁴. Selon la Cour supérieure, cet organisme a l'expertise nécessaire pour se prononcer sur l'intégrité des entreprises et ses conclusions doivent faire l'objet d'une grande déférence¹³⁵. La Cour mentionne également que les facteurs énumérés à l'article 21.28 LCOP sont « non limitatifs », ce qui démontre que le législateur a choisi « d'investir l'AMF d'une large discrétion dans l'appréciation de l'intégrité des entreprises en cause »¹³⁶. Selon le tribunal, il faut éviter d'adopter une

¹²⁸ *Id.*, art. 21.40.

¹²⁹ *Id.*, art. 21.32.

¹³⁰ AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Observations de l'Autorité des marchés financiers*, préc., note 102, p. 7.

¹³¹ 9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2014 QCCS 2070; permission d'appeler refusée 2014 QCCA 1383.

¹³² *Id.*, par. 27.2.1, 27.2.2, et 95.1 à 95.5.

¹³³ *Bruni c. Autorité des marchés financiers*, préc., note 74, par. 88 et 89.

¹³⁴ 9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, préc., note 131, par. 71 à 77.

¹³⁵ *Id.*, par. 78.

¹³⁶ *Id.*, par. 110; Julie McCANN et Martin THIBOUTOT, « Régime contractuel de l'État », dans *JurisClasseur Québec*, coll. Droit administratif général, *Contrats administratifs et res-*

interprétation « restrictive, formaliste et hermétique » de la notion d'intégrité en se limitant aux facteurs énumérés à l'article 21.28, ce qui aurait pour effet de « compromettre l'atteinte de l'objectif d'intérêt public que le législateur s'est fixé »¹³⁷.

C'est sur l'entreprise qui demande l'autorisation à contracter que repose le fardeau de démontrer à l'AMF qu'elle satisfait aux exigences d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre¹³⁸. Dans *Bentech*, l'AMF s'était notamment appuyée sur le contenu de témoignages rendus lors de l'enquête de la Commission Charbonneau¹³⁹. Tout en reconnaissant que *Bentech* n'avait pas eu le loisir de contre-interroger ces témoins lors des audiences de la Commission Charbonneau, la Cour est d'avis que l'entreprise avait eu tout le loisir de contredire cette preuve dans ses observations en réponse au préavis de refus, ce qu'elle n'avait pas fait ni même tenté de faire¹⁴⁰. La Cour supérieure rejette aussi l'argument voulant que l'utilisation de cette preuve par l'AMF portait atteinte au principe de la présomption d'innocence. Selon la Cour, s'agissant d'une affaire qui relève du droit civil, ce principe ne pouvait trouver application, les dispositions de la LCOP ne visant aucunement la détermination de la responsabilité criminelle ou pénale des entreprises¹⁴¹.

Dans l'affaire *Ali Excavation*, l'AMF avait refusé la demande d'autorisation à contracter de l'entreprise pour le motif que celle-ci avait éludé l'observation de la loi dans le cours de ses affaires en ayant recours à des stratagèmes de factures de complaisance avec plusieurs de ses fournisseurs¹⁴². La Cour conclut qu'il était parfaitement loisible à l'AMF de s'appuyer sur cet élément, prévu à l'alinéa 6 de l'article 21.28, pour conclure que l'entreprise ne satisfaisait pas aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre. Concernant les rôles respectifs du commissaire associé aux vérifications et de l'AMF, la Cour souligne que c'est au premier que le législateur a confié le mandat de faire les vérifica-

pensabilité extracontractuelle de l'État, fasc.19, Montréal, LexisNexis, feuille mobile, n° 17.

¹³⁷ 9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, préc., note 131, par. 109.

¹³⁸ *Id.*, par. 53. Voir aussi : *Ali Excavation inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 939, par. 91.

¹³⁹ *Id.*, par. 27.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 131 et 139-140.

¹⁴¹ *Id.*, par. 137.

¹⁴² *Ali Excavation inc. c. Autorité des marchés financiers*, préc., note 138.

tions, mais qu'il revient à l'AMF de décider de l'autorisation en fonction des éléments qu'elle juge appropriés¹⁴³.

Dans l'affaire *LUSQ*¹⁴⁴, la décision de l'AMF de révoquer l'autorisation à contracter de l'entreprise était fondée sur le fait que le principal actionnaire et administrateur de l'entreprise faisait face à des accusations d'abus de confiance, de complot et de fraude envers le gouvernement. L'AMF avait estimé que les chefs d'accusation portés à l'égard de cet administrateur et actionnaire principal de l'entreprise étaient « graves », et qu'il s'agissait d'un élément lui permettant de conclure que l'entreprise ne répondait pas aux exigences élevées d'intégrité à laquelle le public est en droit de s'attendre¹⁴⁵. La Cour supérieure refuse d'intervenir et conclut que la décision de l'AMF est raisonnable. Le tribunal souligne à juste titre que selon l'alinéa 5 de l'article 21.28, l'existence de poursuites criminelles à l'égard d'un administrateur ou d'un dirigeant est un facteur dont l'AMF peut tenir compte pour refuser ou révoquer une autorisation.

Par ailleurs, dans une autre affaire¹⁴⁶, la Cour a reproché à l'AMF d'avoir fondé sa décision sur une preuve de culpabilité par association. L'AMF avait refusé l'autorisation à contracter sur le fait que l'entreprise avait des relations d'affaires avec des sous-traitants ayant utilisé des factures de complaisance, alors que ni l'AMF ni le commissaire associé aux vérifications n'étaient en mesure d'identifier les sous-traitants en question. Selon la Cour, les informations incomplètes fournies par l'AMF n'avaient pas permis à l'entreprise de présenter son point de vue adéquatement sur ces allégations, ce qui constituait une atteinte aux règles de justice naturelle¹⁴⁷. À notre connaissance, il s'agit de la seule affaire où la Cour supérieure est intervenue pour infirmer la décision de l'AMF.

*

* *

¹⁴³ *Id.*, par. 79.

¹⁴⁴ *LUSQ inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 86. Cette décision a été portée en appel devant la Cour d'appel du Québec, qui a jugé que la permission d'en appeler du jugement de la Cour supérieure n'était pas nécessaire (*LUSQ inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCA 413).

¹⁴⁵ *Id.*, par. 35-36.

¹⁴⁶ *Terra Location inc. c. Autorité des marchés financiers*, préc., note 79.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 45 à 47.

Les amendements apportés à la LCOP depuis 2011 marquent un moment décisif dans l'encadrement législatif des contrats publics. Ces changements sont le fruit d'une prise de conscience de la réalité qui démontre que les contrats publics sont vulnérables à la collusion et à la corruption, même dans une société démocratique où les mécanismes de contrôle sont bien institutionnalisés. Ici, comme ailleurs, des mesures concrètes doivent être mises en place pour prévenir la corruption et s'assurer de l'intégrité du processus d'octroi des contrats publics. Cette intégrité est une condition de la confiance du public dans le fonctionnement de l'État et dans la saine gestion des fonds publics.

L'insertion des critères d'inadmissibilité aux contrats publics au chapitre V.1 de la LCOP a été la première de ces mesures visant à protéger l'intégrité des contrats publics et à garantir la confiance du public. Le régime d'autorisation préalable à contracter introduit en 2012 contribue au renforcement des actions de prévention et la lutte à la corruption dans les marchés publics. La notion d'« exigences élevées d'intégrité » à l'article 21.27 et la nature non limitative des éléments de l'article 21.28 sur lesquels l'AMF peut se fonder pour refuser l'autorisation à contracter témoignent de la volonté du législateur de s'assurer que les entreprises qui désirent contracter avec l'État satisfassent aux plus hauts standards d'intégrité, et ce, même si l'entreprise, ses administrateurs ou dirigeants n'ont pas été déclarés coupables d'une infraction criminelle ou pénale. L'intégrité des contractants ne se mesure pas uniquement à l'absence de condamnation criminelle, mais également à la manière dont ceux-ci conduisent leurs affaires et, surtout, par la volonté réelle dont ils font preuve de se conformer aux plus hauts standards d'intégrité. Dans le prolongement de son engagement à assurer l'intégrité des contractants, le gouvernement devrait poursuivre l'abaissement des seuils pour lesquels l'autorisation à contracter est requise, qui demeurent très élevés.

Les tribunaux ont reconnu l'importance des objectifs législatifs d'intégrité et de lutte à la corruption et à la collusion. Ils ont, de manière générale, confirmé la très grande marge de manœuvre conférée à l'AMF par les dispositions contenues au chapitre V. 2 de la LCOP. La création de l'AMP se situe dans le prolongement de cette volonté d'instaurer une surveillance permanente des contrats publics et d'inscrire l'intégrité au cœur de l'encadrement législatif des contrats publics au Québec.

Toutefois, les multiples exceptions contenues dans la LCOP pour faciliter l'attribution des contrats publics à des entreprises non admissibles minent de façon substantielle la crédibilité du système de prévention de la corruption. On comprend mal les raisons qui ont poussé le législateur à adopter des amendements qui enlèvent pratiquement toute conséquence au statut d'inadmissibilité des contractants. L'objectif louable de permettre la réhabilitation des entreprises ne justifie pas de faire table rase des critères d'inadmissibilité contenus à la loi en accordant une sorte d'absolution inconditionnelle aux entreprises ayant été trouvées coupables d'infractions criminelles ou pénales. On doit laisser les contractants faire la preuve que cette réhabilitation n'est pas une condition temporaire et que les hauts standards de probité sont bien ancrés dans la gestion de l'entreprise. C'est l'intégrité de l'ensemble du processus d'attribution et d'adjudication des contrats publics et la perception qu'en a le public qui sont en cause.

Annexe 1

Tableau du libellé des articles 21.16 et 21.18 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* avant et après les modifications apportées par la *Loi visant principalement la récupération des sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, L.Q. 2015, c. 6

Les articles 21.26 et 21.28 tels qu'ils se lisaient dans la <i>Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics</i>	Les articles 21.26 et 21.28 tels que modifiés par la <i>Loi visant la récupération des sommes payées injustement</i>
<p>21.26. L'Autorité refuse à une entreprise de lui accorder ou de lui renouveler une autorisation ou révoque une telle autorisation lorsque :</p> <p><i>1° l'entreprise a été déclarée coupable, au cours des cinq années précédentes, d'une infraction prévue à l'annexe I;</i></p> <p>2° un de ses actionnaires qui détient au moins 50 % des droits de vote rattachés aux actions et pouvant être exercés en toutes circonstances a, au cours des cinq années précédentes, été déclaré coupable d'une infraction prévue à l'annexe I;</p> <p>3° un de ses administrateurs ou un de ses dirigeants a été déclaré coupable, au cours des cinq années précédentes, d'une infraction prévue à l'annexe I;</p> <p><i>4° l'entreprise a été déclarée coupable par un tribunal étranger, au cours des cinq années précédentes, d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, aurait pu faire l'objet d'une poursuite criminelle ou pénale en vertu d'une infraction visée à l'annexe I;</i></p> <p>5° l'entreprise a été déclarée coupable d'une infraction visée à l'article 641.2 de la Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités (chapitre E-2.2), à l'article 221.1.2 de la Loi sur les élections scolaires (chapitre E-2.3) ou à l'article 564.3 de la Loi électorale (chapitre E-3.3) tant que l'interdiction prévue, selon l'infraction en cause, à l'un ou l'autre de ces articles n'est pas expirée, à moins qu'un juge ait suspendu cette interdiction;</p> <p><i>6° l'entreprise a, au cours des deux années précédentes, fait l'objet d'une décision de suspension de travaux exécutoire en vertu de l'article 7.8 de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction (chapitre R-20);</i></p> <p><i>7° l'entreprise a, au cours des deux années précédentes, été condamnée par un jugement final à payer une réclamation fondée sur le paragraphe c.2 du premier alinéa de l'article 81 de cette loi.</i></p> <p>Une déclaration de culpabilité ne doit pas être considérée lorsqu'un pardon a été obtenu.</p>	<p>21.26. L'Autorité refuse à une entreprise de lui accorder ou de lui renouveler une autorisation ou révoque une telle autorisation lorsque :</p> <p>1° (paragraphe abrogé);</p> <p>2° un de ses actionnaires <i>est une personne physique</i> qui détient au moins 50 % des droits de vote rattachés aux actions et pouvant être exercés en toutes circonstances et qui a, au cours des cinq années précédentes, été déclaré coupable d'une infraction prévue à l'annexe I;</p> <p>3° un de ses administrateurs ou un de ses dirigeants a été déclaré coupable, au cours des cinq années précédentes, d'une infraction prévue à l'annexe I;</p> <p>4° (paragraphe abrogé);</p> <p>5° (paragraphe abrogé);</p> <p>6° (paragraphe abrogé);</p> <p>7° (paragraphe abrogé).</p> <p>Une déclaration de culpabilité ne doit pas être considérée lorsqu'un pardon a été obtenu.</p>

<p>21.28. Pour l'application de l'article 21.27, l'intégrité de l'entreprise, celle de ses administrateurs, de ses associés, de ses dirigeants ou de ses actionnaires et celle des autres personnes ou entités qui en ont, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou <i>de facto</i>, peut être examinée.</p> <p>À cette fin, l'Autorité peut considérer notamment les éléments suivants :</p> <p>1° les liens qu'entretient l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée au premier alinéa avec une organisation criminelle au sens du paragraphe 1 de l'article 467.1 du Code criminel (Lois révisées du Canada, (1985), chapitre C-46) ou avec toute autre personne ou entité qui s'adonne au recyclage des produits de la criminalité ou au trafic d'une substance inscrite aux annexes I à IV de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (Lois du Canada, 1996, chapitre 19) ;</p> <p>2° le fait que l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée au premier alinéa ait été poursuivie, au cours des cinq années précédentes, à l'égard d'une des infractions visées à l'annexe I; [...]</p>	<p>21.28 Pour l'application de l'article 21.27, l'intégrité de l'entreprise, celle de ses administrateurs, de ses associés, de ses dirigeants ou de ses actionnaires et celle des autres personnes ou entités qui en ont, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou <i>de facto</i>, peut être examinée.</p> <p>À cette fin, l'Autorité peut considérer notamment les éléments suivants :</p> <p><i>0,1° le fait que l'entreprise ait été déclarée coupable, au cours des cinq années précédentes, d'une infraction prévue à l'annexe I;</i></p> <p><i>0,2° le fait que l'entreprise ait été déclarée coupable par un tribunal étranger, au cours des cinq années précédentes, d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, aurait pu faire l'objet d'une poursuite criminelle ou pénale en vertu d'une infraction prévue à l'annexe I;</i></p> <p><i>0,3° le fait que l'entreprise ait, au cours des deux années précédentes, fait l'objet d'une décision de suspension de travaux exécutoire en vertu de l'article 7.8 de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction (chapitre R-20);</i></p> <p><i>0,4° le fait que l'entreprise ait, au cours des deux années précédentes, été condamnée par un jugement final à payer une réclamation fondée sur le paragraphe c.2 du premier alinéa de l'article 81 de cette loi;</i></p> <p>1° les liens qu'entretient l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée au premier alinéa avec une organisation criminelle au sens du paragraphe 1 de l'article 467.1 du Code criminel (L.R.C. 1985, c. C-46) ou avec toute autre personne ou entité qui s'adonne au recyclage des produits de la criminalité ou au trafic d'une substance inscrite aux annexes I à IV de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (L.C. 1996, c. 19) ;</p> <p>2° le fait que l'entreprise ou une personne ou entité mentionnée au premier alinéa ait été poursuivie, au cours des cinq années précédentes, à l'égard d'une des infractions visées à l'annexe I; [...]</p>
--	--

