Loi 1 : nouvelles exigences en matière d'appels d'offres publics

1 mai 2014

Auteur

Nicolas Gagnon

Associé, Avocat

LAVERY : UN CHEF DE FILE À MONTRÉAL DANS LE SECTEUR DU CAPITAL-INVESTISSEMENT ET DU CAPITAL DE RISQUE

La création et la mise sur pied de fonds de capital-investissement et de capital de risque représentent des initiatives complexes qui nécessitent des ressources juridiques spécialisées. Au Québec, peu de cabinets proposent des services en cette matière. Pour sa part, Lavery a développé une expertise enviable dans ce domaine en travaillant étroitement avec des promoteurs afin de mettre sur pied de telles structures au Canada ainsi que, dans certains cas, aux États-Unis et en Europe, en collaboration avec des cabinets locaux. La feuille de route bien garnie de Lavery permet au cabinet de se distinguer dans le marché des services juridiques en soutenant activement les promoteurs, les investisseurs, les entreprises ou les autres partenaires qui sont impliqués dans les différentes étapes de la mise en place et du déploiement d'initiatives axées sur le capital-investissement et le capital de risque.

La *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, aussi appelée la Loi 1, a été sanctionnée le 7 décembre 2012. Cette loi impose de nouvelles exigences aux soumissionnaires de contrats publics. Tout gestionnaire de fonds d'infrastructure se doit de connaître les règles édictées par cette loi car il y a fort à parier qu'il devra composer avec elles dans le cadre d'un investissement ou de la réalisation d'un projet impliquant un organisme public.

MODIFICATIONS À LA LOI SUR LES CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS

La *Loi sur les contrats des organismes publics* (la « **LCOP** ») détermine les conditions des contrats conclus entre un organisme public et des contractants privés lorsque ces contrats mettent en cause une dépense de fonds publics. La LCOP s'applique aux contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction conclus avec ces organismes publics, de même qu'aux contrats de partenariat public - privé conclus dans le cadre d'un projet d'infrastructure.

La Loi 1 a modifié la LCOP afin de renforcer l'intégrité en matière de contrats publics et d'en contrôler l'accès. Elle élargit par ailleurs le nombre d'organismes visés par la LCOP, en y

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

assujettissant des entreprises telles que Hydro-Québec, Loto-Québec et la SAQ.

Les modifications mettent en place un système permettant de vérifier que les entreprises qui désirent contracter avec un organisme public ou avec une municipalité satisfont aux conditions d'intégrité requises. Ainsi, une entreprise qui souhaite conclure avec un organisme public un contrat (ou un sous-contrat relatif à un tel contrat) pour un montant égal ou supérieur à un seuil déterminé par le gouvernement doit obtenir une autorisation de l'Autorité des marchés financiers (l'« **AMF** »).

En général, l'entreprise doit avoir obtenu cette autorisation à la date du dépôt de sa soumission. Dans le cas d'un consortium, chaque entreprise le composant doit, à cette date, être individuellement autorisée. Une autorisation doit être maintenue pendant toute l'exécution du contrat ou du souscontrat public. Elle est valide pour une durée de trois ans et doit faire l'objet d'un renouvellement. L'AMF maintient un registre public des entreprises qu'elle autorise à contracter et sous-contracter avec des organismes publics. Ces règles s'appliquent également aux contrats octroyés par les villes et municipalités.

CONDITIONS POUR OBTENIR UNE AUTORISATION

Une demande d'autorisation doit être présentée à l'AMF. L'entrepreneur doit aussi présenter avec cette demande d'autorisation une attestation de Revenu Québec démontrant que l'entreprise n'est pas en défaut d'avoir produit les déclarations et les rapports requis en vertu des lois fiscales et qu'elle n'a pas de comptes payables en souffrance à l'endroit du ministre du Revenu. Enfin, l'entreprise ne doit pas s'être vue refuser ou révoquer une autorisation dans les douze derniers mois.

Sur réception d'une demande d'autorisation de la part d'une entreprise, l'AMF transmet à l'Unité permanente anticorruption (« **UPAC** ») les renseignements obtenus afin que cette dernière effectue les vérifications qu'elle juge nécessaires, en collaboration avec la Sûreté du Québec, Revenu Québec, la Régie du bâtiment du Québec et la Commission de la construction du Québec (« **CCQ** »). L'UPAC transmet à l'AMF un rapport d'analyse de conformité de l'entreprise aux exigences d'intégrité. C'est l'AMF qui rendra une décision sur la demande d'autorisation.

DÉCISION DE L'AMF

La Loi 1 prévoit des motifs de refus obligatoire, et d'autres motifs qui sont discrétionnaires. Ainsi, le fait, pour une entreprise ou une personne liée à celle-ci, d'avoir été reconnue coupable, au cours des cinq années précédentes, de l'une ou l'autre des infractions à des lois provinciales ou fédérales décrites à l'annexe I de cette loi entraîne le refus automatique de la demande d'autorisation de l'entreprise. Il s'agit principalement d'infractions au Code criminel et à des lois de nature fiscale.

Si l'entreprise qui fait la demande d'autorisation, ou si l'un de ses actionnaires qui détient au moins 50 % des droits de vote rattachés à ses actions, ou encore l'un de ses administrateurs ou de ses dirigeants, a été déclaré coupable au cours des cinq dernières années précédentes d'une infraction prévue à cette annexe I, l'AMF refuse à l'entreprise de lui accorder une autorisation ou de la lui renouveler. Elle peut même révoquer une autorisation si l'entreprise ou une personne liée à celle-ci est subséquemment déclarée coupable d'une telle infraction.

De plus, si une 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 relativement à une infraction visée à l'annexe I, l'AMF refuse automatiquement l'émission ou le renouvellement d'une autorisation. Enfin, une entreprise déclarée coupable de certaines infractions décrites dans les lois électorales ou qui, au cours des deux années précédentes, a fait l'objet d'une décision de suspension de travaux exécutoire par la CCQ se verra également refuser sa demande d'autorisation.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Par ailleurs, il est à noter que l'AMF peut à son seul gré refuser d'accorder une autorisation à une entreprise ou de lui renouveler une autorisation, et même révoquer une autorisation déjà accordée, si 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 ou un sous-contrat public. À cet égard, l'AMF, à la suite d'une enquête de l'UPAC, examinera l'intégrité de l'entreprise ainsi que celle de ses administrateurs, associés, dirigeants, actionnaires et des autres personnes ou entités qui en ont, directement ou indirectement, le contrôle juridique ou de fait (ci-après une « **Personne liée** »). L'AMF peut considérer à cette fin certains éléments, lesquels sont décrits à la LCOP, tels que, notamment, le fait qu'une entreprise ou une Personne liée à celle-ci entretient des liens avec une organisation criminelle, qu'elle ait été poursuivie, au cours des cinq années précédentes à l'égard de certaines infractions ou encore qu'elle ait, de façon répétitive, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la loi dans le cours de ses affaires. Sera aussi considéré le fait qu'une personne raisonnable en viendrait à la conclusion que l'entreprise est la continuité d'une autre entreprise qui n'obtiendrait pas une autorisation ou est le prête-nom d'une autre entreprise qui n'obtiendrait pas une autorisation.

CONSÉQUENCES D'UNE ABSENCE D'AUTORISATION

Un contractant ou un sous-contractant qui voit son autorisation expirée, révoquée ou refusée au moment de son renouvellement sera réputé en défaut d'exécuter le contrat ou le sous-contrat public auquel il est partie. Dans un tel cas, l'entreprise doit cesser ses travaux, sauf pour les contrats où il ne reste que l'obligation d'honorer les garanties contractuelles. Cette entreprise pourra toutefois poursuivre l'exécution du contrat si l'organisme public demande au Conseil du trésor qu'il lui soit permis d'en poursuivre l'exécution pour un motif d'intérêt public. Le Conseil du trésor peut assortir cette permission de conditions.

SEUILS ET APPLICATION

La Loi 1 prévoyait, lors de son entrée en vigueur, que les nouvelles dispositions s'appliqueraient à tout contrat et sous-contrat public d'une valeur de 40 000 000 $ et plus. Ce seuil a été abaissé à 10 000 000 $ en décembre 2013.

Par ailleurs, la Loi 1 stipule que, sans égard au montant du contrat, le gouvernement peut, avant le 31 mars 2016, déterminer que les règles imposant l'obtention d'une autorisation s'appliquent à des contrats ou sous-contrats publics même s'ils comportent un montant de dépenses inférieur à ce seuil, ou que ces règles s'appliquent à une catégorie de contrats autre que celles actuellement réglementées par la LCOP. Dans un tel cas, le gouvernement peut stipuler des modalités particulières qui seront applicables à la demande d'autorisation que doivent présenter les entreprises à l'AMF à l'égard de ces contrats.

La Loi 1 prévoit finalement que le gouvernement peut, toujours avant le 31 mars 2016, obliger les entreprises qui sont parties à un contrat public en cours d'exécution à demander une autorisation dans le délai qu'il indique. Cette disposition ne se limite pas aux contrats en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de la Loi 1, et peut donc toucher tout contrat en cours avant le 31 mars 2016.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.