

OBSERVATIONS DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

Montréal, le 23 septembre 2014

Table des matières

I	INTRODUCTION -----	3
----------	---------------------------	----------

II	L'APPLICATION DU NOUVEAU CHAPITRE DE LA LCOP ADOPTÉ PAR LA LOI 1 -----	4
	LES OPÉRATIONS DE L'AUTORITÉ EN APPLICATION DE LA LCOP -----	4
	STATISTIQUES ET RÔLE DE L'AUTORITÉ EN MATIÈRE DE REFUS D'AUTORISATION ET DE DEMANDES DE CORRECTIFS EN VERTU DE LA LCOP -----	5
	COLLABORATION AVEC LES PARTENAIRES DE L'AUTORITÉ-----	8

III	DÉFIS ET ENJEUX PARTICULIERS -----	9
	POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE -----	9
	FORCE PROBANTE DES TÉMOIGNAGES ENTENDUS DEVANT LA COMMISSION -----	9
	LES AUTOMATISMES EN VERTU DE L'ARTICLE 21.26 DE LA LCOP -----	10
	VOLUME DES DEMANDES D'AUTORISATION -----	10

IV	CONCLUSION -----	10
-----------	-------------------------	-----------



INTRODUCTION

L'Autorité des marchés financiers (« **l'Autorité** ») souhaite profiter des audiences de la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction* (la « **Commission** ») afin de lui faire part de ses observations sur le fonctionnement de la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* (L.Q., 2012, c. 25) (« **Loi 1** »), maintenant en vigueur depuis vingt (20) mois.

La Commission a avisé l'Autorité qu'elle débiterait le dernier volet de ses travaux au cours du mois de septembre 2014. Tel qu'énoncé dans le mandat de la Commission, cette phase consiste à « *examiner des pistes de solution et faire des recommandations en vue d'établir des mesures permettant d'identifier, d'enrayer et de prévenir la collusion et la corruption dans l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction ainsi que l'infiltration de celle-ci par le crime organisé* ».

Tout en gardant à l'esprit qu'au moment où le mandat fut octroyé à la Commission, la Loi 1 n'avait pas encore été adoptée et n'avait donc pas pu produire ses effets, le but du présent document est de décrire le processus de demandes d'autorisation en vertu de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (RLRQ, c. C-65.1) (« **LCOP** ») et de permettre à la Commission de prendre connaissance de l'état de la situation actuelle en cette matière. Aussi, l'Autorité proposera des éléments de réflexion et de discussion qui, nous l'espérons, aideront la Commission à formuler ses recommandations visant à favoriser l'intégrité du régime d'octroi des contrats publics dans l'industrie de la construction au Québec.

L'Autorité a divisé ses observations en deux parties distinctes, à savoir (1) l'application du nouveau chapitre de la LCOP adopté par la Loi 1, qui traitera des opérations et du rôle de l'Autorité en tant qu'émetteur d'autorisations de contracter et de sous-contracter avec les organismes publics québécois ainsi que la collaboration avec ses partenaires; et (2) les enjeux particuliers dans l'application de la LCOP.



L'APPLICATION DU NOUVEAU CHAPITRE DE LA LCOP ADOPTÉ PAR LA LOI 1

LES OPÉRATIONS DE L'AUTORITÉ EN APPLICATION DE LA LCOP

En vertu de l'article 21.23 de la LCOP, la demande d'autorisation est présentée à l'Autorité par la personne dûment nommée par l'entreprise comme répondant. La demande d'autorisation doit être présentée selon la forme et contenir les informations prescrites par le *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). Ces informations incluent notamment (1) les coordonnées de l'entreprise demanderesse ainsi que de son répondant; (2) la nature des activités de l'entreprise; et (3) une déclaration divulguant si l'entreprise, l'un de ses dirigeants, administrateurs ou actionnaires ont été poursuivis ou déclarés coupables d'une infraction criminelle ou pénale prévue à l'annexe I de la LCOP au cours des cinq dernières années, au Canada ou à l'étranger.

La demande d'autorisation doit aussi être accompagnée de certains documents, à savoir (1) un document officiel de l'entreprise confirmant la nomination du répondant; (2) un organigramme détaillé de la structure de l'entreprise; (3) une attestation de Revenu Québec selon laquelle l'entreprise n'est pas en défaut d'avoir produit les déclarations et les rapports requis en vertu des lois fiscales; (4) les états financiers du dernier exercice financier de l'entreprise; (5) la liste des institutions financières avec lesquelles l'entreprise fait affaire; et (6) une liste de ses prêteurs, autres que des institutions financières.

Concernant les entreprises qui ne sont pas constituées en vertu d'une loi du Québec ou qui n'y ont ni leur siège social ni un établissement où elles exercent principalement leurs activités, la demande d'autorisation de ces entreprises doit être accompagnée (1) d'un consentement écrit pour communiquer avec tout corps de police ou autre source locale d'information; (2) d'un consentement écrit pour communiquer avec les autorités fiscales locales; et (3) d'un certificat de bonne conduite ou l'équivalent délivré par les autorités locales appropriées à propos de l'entreprise demanderesse, ses dirigeants, ses administrateurs et ses actionnaires, le cas échéant.

Il est aussi important de noter que suite à la réception du dossier, l'Autorité doit fréquemment exiger des entreprises qu'elles lui communiquent des renseignements manquants et nécessaires au traitement de leur demande.

Lorsque l'entreprise a soumis sa demande d'autorisation accompagnée de la documentation requise, l'Autorité transmet les renseignements obtenus au Commissaire associé aux vérifications de l'Unité permanente anticorruption (l'« **UPAC** ») (le « **Commissaire associé** ») afin qu'il effectue les vérifications qu'il juge nécessaires en vertu de l'article 21.30 de la LCOP. Par ailleurs, en vertu de l'article 21.34, l'Autorité doit transmettre au Commissaire associé de façon continue tout nouveau renseignement qu'elle reçoit concernant une entreprise, et ce, tant avant qu'après l'émission de l'autorisation, le cas échéant.

Après avoir effectué ses vérifications, le Commissaire associé donne un avis favorable ou défavorable à l'Autorité à l'égard de la demande d'autorisation de l'entreprise demanderesse. Cet avis doit indiquer le motif pour lequel il est recommandé, le cas échéant, de refuser ou de ne pas renouveler une autorisation en application des articles 21.26 à 21.28 de la LCOP.

Suivant la réception de l'avis du Commissaire associé, l'Autorité rend sa décision d'émettre ou de refuser d'émettre une autorisation à l'entreprise demanderesse. En vertu de l'article 21.36, l'Autorité peut, avant de rendre une décision défavorable, demander à l'entreprise d'apporter les correctifs nécessaires dans les délais qu'elle indique. Par ailleurs, l'Autorité notifie par écrit l'entreprise de son intention de refuser d'accorder, de renouveler, ou de révoquer l'autorisation de contracter en vertu de la LCOP, en exposant les motifs invoqués. Suivant la réception de cette notification, l'entreprise dispose d'un délai pour présenter ses observations par écrit ou pour fournir d'autres documents pour compléter son dossier. Sur demande de l'entreprise, le délai accordé peut être prolongé pour lui laisser l'opportunité de présenter des observations complètes.

À l'expiration de ce délai et après avoir examiné les observations de l'entreprise, le cas échéant, l'Autorité informe celle-ci de sa décision. L'Autorité informe également le Commissaire associé, Revenu Québec, la Commission de la construction du Québec et la Régie du bâtiment du Québec de sa décision d'accorder, de refuser ou de révoquer une autorisation.

L'entreprise qui voit sa demande d'autorisation ou de renouvellement refusée, ou son autorisation révoquée, doit transmettre par écrit à l'Autorité le nom de chaque organisme public avec lequel elle a un contrat ou un sous-contrat en cours d'exécution. Subséquemment, l'Autorité informe chaque organisme concerné dans les plus brefs délais du refus de la demande d'autorisation ou de renouvellement, ou de la révocation de l'autorisation d'une entreprise avec laquelle il a contracté (articles 21.38 et 21.39 de la LCOP).

Toutes les entreprises qui se voient refuser une autorisation en vertu de la LCOP sont inscrites au Registre des entreprises non admissibles (RENA) en vertu de l'article 88 de la Loi 1. Les entreprises inscrites au RENA ne sont pas admissibles à obtenir des contrats publics pour une durée de cinq ans. Par ailleurs, une entreprise qui voit son autorisation refusée ou révoquée peut présenter à l'Autorité une nouvelle demande d'autorisation à l'expiration d'un délai de 12 mois. L'Autorité peut également considérer un délai plus court si, à sa satisfaction, l'entreprise a apporté des correctifs nécessaires (article 21.24 (2) de la LCOP).

STATISTIQUES ET RÔLE DE L'AUTORITÉ EN MATIÈRE DE REFUS D'AUTORISATION ET DE DEMANDES DE CORRECTIFS EN VERTU DE LA LCOP

Avant de traiter plus spécifiquement des statistiques et du rôle de l'Autorité en matière de refus d'autorisation et de demandes de correctifs, il apparaît important de dresser un portrait complet de l'évolution des demandes d'autorisation en vertu de la LCOP.

Le tableau 1 expose le statut des demandes d'autorisation en date du 12 septembre 2014 et indique entre autres le nombre de dossiers reçus, le nombre de dossiers en traitement, et le nombre d'autorisations émises par l'Autorité.

Tableau 1 – Statut des demandes d'autorisation

LOI SUR LES CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS		
STATUT DES DEMANDES D'AUTORISATION		12 septembre 2014
DOSSIERS REÇUS		1 028
Moins	Dossiers non débutés	0
	Autorisations émises par l'AMF	783
	Refus d'accorder une autorisation par l'AMF	6
	Révocation d'autorisation par l'AMF	1
	Recommandations reçues de l'UPAC : préavis de refus envoyés, dossiers en attente du client, dossiers en révision, etc.	31
EN TRAITEMENT		207
Dont	En attente à l'Autorité de renseignements de la part du demandeur	73
	En traitement à l'Autorité	6
	En traitement à l'UPAC	128
AUTRES INFORMATIONS		
Retraits volontaires du Registre des entreprises autorisées		2
Désistements APRÈS le début de l'analyse		58
Désistements AVANT le début de l'analyse		13

Lorsque, suite aux vérifications qu'il effectue, le Commissaire associé constate des faits qui le justifient, celui-ci envoie à l'Autorité un avis qui indique le motif pour lequel il est recommandé de refuser une autorisation. Dans une telle situation, sauf dans les cas où la LCOP oblige l'Autorité à refuser l'autorisation, l'Autorité évalue, à sa discrétion, l'opportunité d'envoyer un préavis de refus à l'entreprise demanderesse.

Ainsi, en date du 12 septembre 2014, l'Autorité avait reçu 72 avis défavorables du Commissaire associé. De ce nombre :

- 6 entreprises se sont vues refuser leur autorisation;
- 1 autorisation a été révoquée;
- 30 entreprises ont reçu leur autorisation après avoir apporté les correctifs adéquats;
- 13 entreprises se sont désistées suite à la réception du préavis de refus;
- 22 avis défavorables sont toujours en traitement à l'Autorité.

Les refus et la révocation

Parmi les refus et la révocation d'autorisation, cinq cas ont fait l'objet d'une contestation judiciaire devant les tribunaux. L'un des dossiers¹ a fait l'objet d'une décision de la Cour supérieure en date du 15 mai 2014 par laquelle la cour a rejeté la demande de révision judiciaire. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel le 16 juillet 2014.

En outre, deux entreprises, qui ont fait l'objet d'une décision de refus de l'Autorité ont, par la suite été autorisées suite à une deuxième demande d'autorisation, après avoir bonifié leurs mesures de gouvernance et de contrôle. Le Commissaire associé a transmis un avis favorable à l'Autorité en lien avec les deuxièmes demandes déposées.

Les désistements

Certaines entreprises décident de retirer leur demande d'autorisation avant la décision de l'Autorité, souvent suite à la réception d'un préavis de refus. Dans de tels cas, les entreprises ne sont pas inscrites au RENA, mais elles ne pourront, par ailleurs, soumissionner pour l'obtention de contrats publics pour lesquels une autorisation est requise. Outre les 13 entreprises qui ont retiré leur demande après réception d'un préavis de refus, plusieurs autres ont présenté des demandes de retrait en cours de processus (voir tableau 1), notamment après qu'une entreprise du même secteur d'activité ait reçu un préavis de refus.

Les demandes de correctifs et les préavis de refus

Parmi les 30 autorisations qui ont été émises par l'Autorité malgré un avis défavorable du Commissaire associé :

- 9 ont été émises à la suite d'une demande de correctifs de l'Autorité;
- 19 ont été émises suite aux observations de l'entreprise demanderesse en réponse au préavis de refus reçu de l'Autorité; et
- 2 ont été émises suite à l'analyse faite par l'Autorité que les correctifs avaient déjà été mis en place par l'entreprise.

En effet, comme la nature et la gravité des faits reprochés aux entreprises qui ont fait l'objet d'un avis défavorable peuvent varier, l'Autorité considère qu'il n'est pas approprié d'adopter une approche unique pour l'ensemble des avis défavorables reçus. C'est pourquoi certains avis défavorables pourront faire l'objet d'une demande de correctifs et mener à l'émission de l'autorisation, tandis que d'autres avis défavorables entraîneront une décision de refus de l'Autorité.

Ainsi, l'Autorité utilise son pouvoir de demander à l'entreprise d'apporter des correctifs selon son appréciation des faits qui se retrouvent dans l'avis du Commissaire associé. Elle l'utilise notamment lorsqu'il s'agit d'un manquement isolé ou facile à corriger en raison de son caractère non systémique. Ces correctifs incluent par exemple :

- Le retrait de dirigeants ou d'administrateurs problématiques;
- La régularisation d'une situation fiscale problématique (paiement d'impôts dus);
- La démonstration que des mesures de gouvernance et de contrôles internes ont été mises en place et que ces mesures sont efficaces;
- La nomination d'un auditeur externe pour vérifier notamment les états financiers de l'entreprise et faire rapport à l'Autorité sur les vérifications effectuées et sur la mise en place des recommandations formulées à l'entreprise, le cas échéant.

L'Autorité procède plutôt à l'envoi d'un préavis de refus lorsque, selon elle, les faits reprochés à la demanderesse dans l'avis du Commissaire associé le justifient.

Les motifs invoqués par l'Autorité dans ses préavis de refus sont entre autres les suivants :

- 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;
- Déclaration fausse ou trompeuse à l'Autorité en vue d'obtenir l'autorisation;
- Liens avec une organisation criminelle;
- Participation à un stratagème de factures de complaisance;
- L'entreprise et ses administrateurs ont, de façon répétitive, éludé ou tenté d'éluder l'observation de la loi dans le cours de leurs affaires, notamment les lois fiscales ou sur les relations de travail.

L'entreprise qui décide de fournir ses observations à l'Autorité peut alors rectifier ou expliquer les faits reprochés. Elle peut également procéder à la démonstration que ses mesures de gouvernance, ses politiques et ses contrôles internes seront efficaces pour détecter ou éliminer la fraude, la corruption ou tout autre acte de malversation à l'avenir. Dans les 19 cas où l'Autorité s'est dite satisfaite des observations de la demanderesse, elle a obtenu des engagements de la part de 13 entreprises demanderesses. Par exemple :

- Mettre en place ou mesurer l'efficacité de la mise en œuvre de mesures de gouvernance, d'éthique et de contrôle interne telles que la mise en place d'un code d'éthique, d'un comité d'audit, d'un poste de dirigeant en matière d'éthique et de conformité, et d'une ligne de dénonciation;
- Faire rapport à l'Autorité sur l'état de la mise en place de mesures de gouvernance et de contrôles internes (l'entreprise elle-même ou une firme externe);

¹ 9129-2201 Québec inc. c. Autorité des marchés financiers, 2014 QCCS 2070 (« Bentech »), confirmé en appel par la décision 9129-2201 Québec inc. c. Autorité des marchés financiers, 2014 QCCA 1383

- Mettre en place toute recommandation effectuée par un tiers mandaté pour faire la vérification des mesures de gouvernance et de contrôle interne;
- Faire rapport à l'Autorité sur les résultats d'une enquête interne;
- Écarter certains dirigeants, administrateurs, actionnaires ou créanciers problématiques de l'entreprise;
- Nommer une majorité d'administrateurs indépendants sur le conseil d'administration d'une société privée;
- Maintenir une convention unanime d'actionnaires selon laquelle la majorité des administrateurs demeureront indépendants;
- Mandater une firme externe afin d'élaborer et de mettre en place un plan de gestion de risque et des mesures qui en résultent.
- Mandater un comptable professionnel agréé qui fera annuellement rapport à l'Autorité sur les constats relevés lors de la vérification des états financiers, de l'examen des comptes à recevoir, des documents relatifs aux versements de taxes ainsi que des documents relatifs à la rémunération des employés de l'entreprise.

L'Autorité assure un suivi des engagements pris par une entreprise et le Commissaire associé et ses partenaires assurent quant à eux une vigie sur celle-ci. Le non-respect d'un engagement par une entreprise autorisée pourrait mener à la révocation de son autorisation.

Pour les six autres autorisations émises suite aux observations de l'entreprise demanderesse, il s'est avéré que les explications données par l'entreprise demanderesse en réponse au préavis de refus ont démontré à l'Autorité qu'une autorisation pouvait lui être délivrée sans que des engagements soient requis. Par exemple :

- L'entreprise a démontré à l'Autorité qu'à la suite des faits mentionnés dans le préavis de refus elle a procédé, de façon proactive, à des mesures correctives, notamment :
 - » la mise en place de mesures de contrôle et d'éthique additionnelles pour éviter que les faits allégués ne se reproduisent à l'avenir;
 - » la réalisation d'une enquête interne sur les faits allégués;
 - » l'embauche d'une nouvelle ressource qualifiée quand il s'est avéré que la comptabilité de l'entreprise était déficiente;
- L'entreprise a démontré à l'Autorité avoir mis fin au lien d'emploi avec les personnes visées par les faits allégués au préavis de refus ou a démontré que les personnes visées n'étaient plus à l'emploi de l'entreprise avant même la réception du préavis de refus;
- L'entreprise a été en mesure de démontrer que contrairement à ce qui était allégué dans le préavis de refus, il ne s'agissait pas de la continuité d'une autre entreprise qui n'obtiendrait pas une autorisation si elle en faisait la demande;
- L'entreprise a réfuté les éléments relatifs au contrôle de facto identifiés dans le préavis de refus;
- L'entreprise a démontré à l'Autorité avoir procédé à une réorganisation de son actionariat pour mettre complètement fin au lien avec des individus identifiés dans le préavis de refus.

Pour se voir émettre une autorisation, l'entreprise qui a fait l'objet d'un avis défavorable doit donc avoir démontré, à la satisfaction de l'Autorité, qu'elle a été proactive en prenant les mesures nécessaires afin de déceler toute fraude ou acte répréhensible et qu'elle s'est clairement engagée à respecter la loi et des normes élevées en matière de gouvernance, d'éthique et d'intégrité.

Dans le cadre du mandat qui lui a été confié en vertu de la LCOP, l'Autorité peut donc intervenir dans la réhabilitation des entreprises. Cette intervention est axée sur la mise en place ou la bonification des mesures de gouvernance, d'éthique, de conformité et de contrôles internes à l'intérieur des entreprises qui souhaitent contracter avec les organismes publics québécois. Au terme de cet exercice, l'Autorité doit être satisfaite que l'entreprise ait atteint le degré d'intégrité auquel le public est en droit de s'attendre à la lumière des correctifs et mesures de gouvernance mis en place.

La perspective d'un refus d'autorisation de contracter ou de sous-contracter avec un organisme public, susceptible d'entraîner la perte d'accès aux marchés publics québécois, constitue un important incitatif pour plusieurs entreprises à se conformer aux règles, à s'engager envers l'Autorité et à adopter une approche transparente et de collaboration avec elle.

La réduction des impacts négatifs associés au refus d'une autorisation pour les entreprises qui ont clairement démontré un engagement réel envers la mise en place d'un modèle d'affaires intègre contribue, selon l'Autorité, à l'atteinte des objectifs de la LCOP.

Les autres autorisations suite à un avis défavorable

L'Autorité a par ailleurs délivré 2 autorisations pour des entreprises visées par des avis défavorables sans avoir préalablement transmis à l'entreprise un préavis de refus ou une demande de correctifs :

- L'Autorité a considéré les mesures mises en place par l'entreprise en lien avec les faits allégués dans l'avis défavorable du Commissaire associé;
- L'Autorité a constaté que l'entreprise avait d'elle-même mis fin à tout lien avec la personne identifiée dans l'avis défavorable du Commissaire associé.

Les demandes d'informations supplémentaires malgré un avis favorable

Par ailleurs, il arrive qu'à la réception d'un avis favorable du Commissaire associé, l'Autorité demande des informations supplémentaires à l'entreprise demanderesse avant d'émettre une autorisation. Elle utilise notamment le pouvoir prévu à l'article 21.35 de la LCOP pour exiger plus d'informations sur ses mesures de gouvernance, pour obtenir des explications sur certains événements ou encore pour obtenir la confirmation à l'effet qu'une personne problématique a réellement quitté l'entreprise.

L'Autorité a demandé de l'information supplémentaire à l'entreprise malgré un avis favorable du Commissaire associé dans six dossiers.

Le tableau ci-dessous vise à fournir des détails sur le traitement donné aux dossiers ayant fait l'objet d'avis défavorables reçus du Commissaire associé.

Tableau 2 – Traitement des avis défavorables

DÉCISIONS RENDUES PAR L'AUTORITÉ		37
REFUS		6
• Contestations judiciaires des décisions	4	
RÉVOCATION		1
• Contestation judiciaire de la décision	1	
AUTORISATIONS		30
• Suite à une demande de correctifs	9	
• Suite aux observations reçues en réponse au préavis de refus (notamment : engagements, mesures de contrôle, mesures de gouvernance)	19	
• Suite à l'analyse par l'Autorité considérant les mesures mises en place (sans transmettre à l'entreprise un préavis de refus ou une demande de correctifs)	2	
DÉSISTEMENTS PAR L'ENTREPRISE SUITE À LA SIGNIFICATION PAR L'AUTORITÉ D'UN PRÉAVIS DE REFUS À L'ENTREPRISE OU À UNE ENTREPRISE LIÉE		13
Avis défavorables en analyse à l'Autorité		22

COLLABORATION AVEC LES PARTENAIRES DE L'AUTORITÉ

Bien qu'elle ait un rôle primordial dans le processus de délivrance des autorisations, l'Autorité agit de concert avec plusieurs partenaires gouvernementaux, dont le Secrétariat du Conseil du trésor (« **SCT** ») et le Commissaire associé. Chacun de ces intervenants a un rôle bien défini à jouer.

Le SCT est responsable d'administrer le cadre législatif qui habilite l'Autorité à conduire ses activités en lien avec les autorisations émises en vertu de la LCOP. De plus, un règlement adopté par l'Autorité en vertu de la LCOP est soumis à l'approbation du Conseil du trésor, qui peut l'approuver avec ou sans modification. C'est le gouvernement qui dispose du pouvoir de modifier l'annexe I de la LCOP, qui énumère les infractions aux fins de l'application des articles 21.26 à 21.28 de la LCOP, et de déterminer le type de contrats soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation auprès de l'Autorité.

Finalement, comme l'Autorité est sujette à des obligations de reddition de comptes envers le SCT, particulièrement quant à la production de rapports financiers et d'activités liés à l'administration du Registre des entreprises autorisées, une entente de gestion est intervenue afin de prévoir les modalités de cette reddition et le partage d'informations en découlant.

En conséquence, le SCT et l'Autorité sont en communication de façon périodique afin de favoriser une gestion optimale du cadre législatif de la LCOP. La nature de cette coopération ne s'étend pas aux activités de nature opérationnelle, sauf en ce qui concerne la gestion des contrats en cours qui ont été octroyés à des entreprises qui se voient refuser l'émission d'une autorisation par l'Autorité ou dont l'autorisation est révoquée.

La collaboration de l'Autorité avec le Commissaire associé s'articule autour des activités de vérifications nécessaires à l'application de la LCOP prévues par les articles 21.23 à 21.40 de la LCOP. Le Commissaire associé procède aux vérifications nécessaires afin de déterminer si le niveau d'intégrité de l'entreprise peut justifier l'émission d'une autorisation en vertu du cadre juridique de la LCOP. L'Autorité considère l'avis du Commissaire associé avant de décider d'émettre ou non une autorisation en vertu de la LCOP et la collaboration entre les deux organisations s'effectue de façon continue entre le moment de la réception de la demande d'autorisation par l'Autorité et l'émission de la décision d'autorisation ou de refus par l'Autorité.

La mise en place des processus de vérification et d'analyse des dossiers s'est effectuée en parallèle et de façon graduelle entre le Commissaire associé et l'Autorité. Avec le temps, la collaboration entre les deux organismes a été amenée à évoluer et à s'intensifier selon les besoins de chacune des organisations. La collaboration entre les deux organisations est axée sur l'obtention de l'information requise pour rendre des décisions justes et éclairées concernant les demandes d'autorisation, de sorte que cette collaboration est intégrée à leur processus interne respectif.



DÉFIS ET ENJEUX PARTICULIERS

L'Autorité administre le régime d'autorisation de contracter avec les organismes publics québécois depuis maintenant vingt (20) mois, ce qui l'a amenée à faire face à certains enjeux dans le cadre de l'application de la LCOP.

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

L'étendue du pouvoir discrétionnaire confié à l'Autorité en vertu de la LCOP est parfois remise en question par certaines entreprises qui reçoivent un refus en vertu de la LCOP. Cette question a toutefois été clarifiée par la Cour supérieure dans la décision 9129-2201 Québec inc. c. Autorité des marchés financiers (« Bentech »)², qui a reconnu l'octroi par le législateur d'un large pouvoir discrétionnaire en faveur de l'Autorité, issu des articles 21.27 et 21.28 de la LCOP. À cet effet, le jugement Bentech retient que l'Autorité « *détient le pouvoir exclusif d'accorder ou refuser une telle autorisation, selon son appréciation de l'intégrité de l'entreprise en cause ou de ses dirigeants* »³.

Faisant ensuite référence aux débats parlementaires qui précèdent l'adoption de la LCOP, le tribunal mentionne que : « *Le législateur a confié ce mandat à l'AMF en reconnaissance de son rôle naturel de protection du public en termes de probité, de ses compétences et de son expertise.* » Le tribunal écrit ensuite qu'« *il y a lieu de retenir que l'AMF détient l'expertise requise et reconnue pour se prononcer sur l'intégrité d'entreprises qui requièrent l'autorisation de conclure des contrats publics.* » et conclut ensuite que « *Partant, une grande déférence s'impose en regard des décisions de l'AMF sur ces questions, dont celles rendues en vertu des récents amendements à la LCOP, et la norme de la décision raisonnable s'applique* »⁴. De fait, le tribunal rappelle un peu plus loin que : « *le législateur a choisi d'accorder une large marge discrétionnaire à l'AMF en cette matière* »⁵.

Quant à la notion d'intégrité à laquelle réfère la loi, le tribunal écrit : « *L'article 21.27 LCOP investit l'AMF du pouvoir de se prononcer sur l'intégrité d'une entreprise qui désire contracter avec l'État. Cette notion d'intégrité doit recevoir une interprétation large. Elle ne saurait être strictement cantonnée aux situations spécifiquement décrites à l'article 21.28 LCOP.* », ajoutant « *En effet, ces dispositions visent à doter le gouvernement de moyens pour s'attaquer à la collusion et à la corruption dans le domaine des contrats publics, particulièrement dans l'industrie de la construction.* » « *Or, une interprétation restrictive, formaliste et hermétique de la notion d'intégrité risquerait de compromettre l'atteinte de l'objectif d'intérêt public que le législateur s'est fixé.* »⁶

C'est ainsi que le tribunal conclut enfin qu'« *Afin d'assurer l'atteinte de l'objectif poursuivi, le législateur a sciemment choisi d'imposer une norme élevée d'intégrité et d'investir l'AMF d'une large discrétion dans l'appréciation de l'intégrité des entreprises en cause, à la lumière de certains éléments qu'il a voulu non limitatifs* »⁷, ajoutant « *L'application de ces dispositions et le large pouvoir discrétionnaire conféré à l'AMF peut être source de frustrations et de désagréments pour les entreprises qui désirent être autorisées à contracter avec l'État. Ces contrariétés ne l'emportent cependant pas sur l'intérêt public qui est en jeu et ne suffisent pas à écarter les décisions que l'AMF prend en cette matière lorsque, comme dans le présent cas, la décision de l'AMF se justifie raisonnablement au regard de la preuve et du droit.* »⁸

Notons que cette décision a fait l'objet d'une requête pour permission d'appeler à la Cour d'appel par Bentech qui a été rejetée le 16 juillet 2014⁹. La Cour d'appel a conclu que le jugement de première instance était un jugement « *fouillé* », la juge de première instance ayant effectué « *une analyse complète et minutieuse des questions soulevées* »¹⁰. La Cour d'appel conclut ensuite que « *c'est à bon droit que la juge de première instance a appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable aux décisions rendues par l'Autorité en vertu de la LCOP* »¹¹. Enfin, la Cour d'appel affirme n'avoir décelé aucune erreur dans le jugement de première instance et avoir considéré que l'appel ne faisait pas l'objet d'une question de principe, d'une question nouvelle ou d'une question de droit faisant l'objet d'une jurisprudence contradictoire.

À noter que les tribunaux ont également été saisis de deux (2) requêtes en sursis introduites par des entreprises insatisfaites de la décision de l'Autorité et contestant celles-ci. Or, les tribunaux ont à chaque fois rejeté de telles demandes, précisant que l'intérêt public visé par les travaux de l'Autorité dans le contexte des contrats publics prime et a préséance sur les inconvénients que peuvent subir les entreprises faisant face à un refus de contracter avec l'État, même pendant la période où elles contestent une telle décision.

FORCE PROBANTE DES TÉMOIGNAGES ENTENDUS DEVANT LA COMMISSION

Certaines entreprises demanderesse faisant l'objet d'un préavis de refus basé en tout ou en partie sur des témoignages entendus devant la Commission remettent en question leur force probante et allèguent que les travaux de la Commission lui imposent injustement une « *présomption de culpabilité médiatique* ».

À titre d'exemple, pour rendre sa décision dans l'affaire Bentech¹², l'Autorité avait considéré les témoignages entendus devant la Commission quant à la participation de l'entreprise dans un système collusoire.

L'entreprise, dans ses observations, avait fait part qu'aucune preuve objective ne corroborait la version des témoins et qu'elle n'avait pas eu l'opportunité de les contre-interroger.

2 Bentech, préc. note 1
3 Bentech, préc. note 1, par. 73
4 Bentech, préc. note 1, par. 74, 77 et 78
5 Bentech, préc. note 1, par. 87
6 Bentech, préc. note 1, par. 107, 108 et 109

7 Bentech, préc. note 1, par. 110
8 Bentech, préc. note 1, par. 111
9 9129-2201 Québec inc. c. Autorité des marchés financiers, 2014 QCCA 1383
10 Bentech, préc. note 9, par. 8
11 Bentech, préc. note 9, par. 13
12 Bentech, préc. note 1

L'Autorité a donc conclu que l'entreprise n'avait pas fourni d'éléments suffisants tendant à contredire les témoignages et les a considérés dans sa décision de refus.

La Cour supérieure a considéré que la conclusion de l'Autorité quant à ces témoignages était raisonnable, tout en soulignant par la suite que l'entreprise n'avait pas soumis d'éléments convaincants qui auraient pu permettre à l'Autorité d'écarter ou ignorer les affirmations des témoins.

Enfin, la Cour supérieure a affirmé que la présomption d'innocence ne s'appliquait que dans les cas où une personne est inculpée ou accusée en regard d'infractions qui comportent des conséquences pénales comme l'emprisonnement ou une amende.

LES AUTOMATISMES EN VERTU DE L'ARTICLE 21.26 DE LA LCOP

La LCOP prévoit deux types de pouvoirs décisionnels pour refuser une autorisation : l'exercice d'un pouvoir lié (les automatismes prévus à l'article 21.26 de la LCOP) et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de l'intégrité de l'entreprise demanderesse (l'article 21.27 de la LCOP).

Bien qu'une entreprise puisse être considérée intègre après avoir apporté les changements nécessaires, elle verrait son autorisation refusée ou révoquée par l'exercice du pouvoir lié prévu si elle devait ensuite être condamnée pour un geste posé antérieurement à sa réhabilitation. L'exercice par l'Autorité de ce pouvoir lié à l'égard d'entreprises ayant été condamnées apparaît donc incohérent en ce qu'il ne permet pas de considérer les efforts et résultats de réhabilitation d'une entreprise au jour de la décision.

Il y a lieu de considérer qu'en soi, une personne morale ne peut elle-même poser de gestes fautifs, sans convenir de l'acte d'administrateurs ou dirigeants fautifs. La personne morale peut donc retrouver la voie de l'intégrité en apportant les changements nécessaires. Cependant, il y a lieu également de ne pas donner d'amnistie aux entreprises fautives ni de retirer ou d'anéantir le pouvoir de l'État de faire condamner ces entreprises. La récupération des sommes de la collusion et de la corruption dans les contrats publics doit demeurer possible.

Ainsi, l'Autorité serait en faveur de modifier l'article 21.26 de la LCOP de façon à retirer de la liste des situations qui entraînent automatiquement un refus, les situations de condamnation d'une personne morale pour une infraction prévue à l'Annexe I ou à une des lois électorales. Ces situations de condamnation deviendraient plutôt des éléments qui seraient considérés par l'Autorité dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

VOLUME DES DEMANDES D'AUTORISATION

Les responsabilités reliées à l'administration du régime d'autorisation issu de la LCOP et la coordination de ses activités avec les partenaires de l'Autorité génèrent un travail important et un temps de traitement variable d'un dossier à l'autre. Comme décideur ultime, les délais requis pour rassembler l'information nécessaire à la demande d'autorisation, effectuer les vérifications auprès de l'UPAC et émettre l'autorisation sont souvent attribués entièrement à l'Autorité malgré le fait qu'ils peuvent être attribuables à la collaboration des entreprises demanderesse ou à certaines difficultés rencontrées par les partenaires de l'Autorité. Il est aussi important de noter qu'en raison du fait que la LCOP ne s'appliquait qu'aux contrats de 40 000 000 \$ et plus lors de son entrée en vigueur, l'Autorité a dû traiter les demandes d'autorisation les plus complexes dès le départ, reflétant la taille des entreprises en mesure de soumissionner sur de tels contrats. Au fur et à mesure que le seuil d'application de la LCOP est abaissé, la complexité des demandes d'autorisation diminue et l'efficacité du processus d'analyse des demandes d'autorisation s'améliore. À ce jour, l'Autorité considère qu'elle est en mesure de remplir efficacement le mandat qui lui a été confié.

Il demeure que si le seuil d'application de la LCOP est abaissé en dessous de celui de 5 000 000 \$, le nombre des demandes d'autorisation déposées à l'Autorité pourrait augmenter de façon significative. Des réductions subséquentes du seuil d'application de la LCOP, de façon concomitante avec les premiers renouvellements des autorisations émises, pourraient rendre nécessaire l'accroissement des ressources consacrées aux activités de l'Autorité afin de ne pas occasionner des délais additionnels.

Par ailleurs, l'Autorité entend poursuivre ses efforts pour faire connaître davantage les bonnes pratiques, liées notamment à la gouvernance et à l'éthique, permettant l'obtention d'une autorisation. Ceci apportera un meilleur éclairage aux entreprises demandant une autorisation, et ce, peu importe les ressources à leur disposition.

IV CONCLUSION

L'Autorité considère que les principes directeurs du nouveau chapitre de la LCOP, tel qu'adopté par la Loi 1, ont contribué à rehausser le niveau d'intégrité dans l'industrie de la construction au Québec et à restaurer la confiance du public dans le processus d'octroi des contrats publics. L'Autorité considère qu'elle contribue à l'atteinte de ces objectifs en s'acquittant du mandat qui lui a été confié.