



RJCCQ

Regroupement des jeunes
chambres de commerce du Québec

CFP - 014M
C.P. – P.L. 108
Surveillance
des contrats
VERSION RÉVISÉE

PROJET DE LOI 108 : LA NECESSITE D'OUVRIR LE MARCHÉ DES CONTRATS PUBLICS AUX JEUNES ENTREPRISES ET ENTREPRENEURS

**COMMENTAIRES SUR LE PROJET DE LOI 108, LOI FAVORISANT LA SURVEILLANCE
DES CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS ET INSTITUANT L'AUTORITÉ DES
MARCHÉS PUBLICS**

Regroupement des jeunes chambres de commerce du Québec (RJCCQ)

TABLE DES MATIÈRES

À propos du RJCCQ.....	3
Une mise en contexte préalable	3
La question de l'équité dans le traitement des soumissionnaires.....	6
Des exemples à méditer.....	10
Accompagner le développement économique du Québec	10
Des mesures d'exception pour rétablir l'équité entre soumissionnaires.....	12

1. À propos du RJCCQ

Depuis 24 ans, le Regroupement des jeunes chambres de commerce (RJCCQ) soutient un réseau de 37 jeunes chambres de commerce et d'ailes jeunesse à travers le Québec, représentant plus de 10 000 jeunes professionnels, cadres, travailleurs autonomes et entrepreneurs, âgés de 18 à 40 ans. A ce jour, le RJCCQ est le seul organisme de la relève d'affaires qui compte parmi ses membres onze organisations culturelles. En leur sein gravitent de jeunes entrepreneurs, cadres et professionnels issus de la diversité.

Les objectifs prioritaires du RJCCQ sont de représenter les jeunes gens d'affaires auprès d'intervenants publics et privés aux niveaux provincial et fédéral ; favoriser l'échange et la synergie entre les jeunes chambres de commerce membres, tendre vers une plus grande synergie de leurs membres respectifs et favoriser le développement des jeunes chambres de commerce et de leurs membres respectifs.

Le RJCCQ est représenté tant dans la Métropole que dans la Capitale-Nationale ainsi que dans les régions par 10 ambassadeurs aux affaires publiques relayant les 37 jeunes chambres de commerce et d'ailes jeunesse et au sein desquelles ils ont été appelés à intervenir de manière proactive sur des enjeux d'actualité. Ces entités constituent un point d'ancrage de l'action du Regroupement et les relais de son action en région. Un maillage de l'action collective a été pensé afin que les jeunes cadres, professionnels, travailleurs autonomes et entrepreneurs soient représentés et entendus partout au Québec.

2. Une mise en contexte préalable

D'entrée de jeu, le Regroupement des jeunes chambres de commerce du Québec salue l'initiative de création d'un organisme ayant pour mandat de surveiller et contrôler l'adjudication des contrats publics. Il s'agit d'une démarche nécessaire dans le climat de méfiance dans lequel les Québécois sont plongés depuis la mise au jour de réseaux de collusion révélés dans le cadre des travaux de la commission Charbonneau.

Il est bien important de garder à l'esprit que la conclusion de contrats par un gouvernement constitue à la fois une nécessité et une opportunité. Dans la mesure où l'administration doit se procurer de nombreux biens et services pour remplir sa mission, le recours à des contractants en provenance du secteur public ou privé est un besoin réel dont elle ne peut se passer.

Toutefois, il ne s'agit pas seulement d'un besoin. C'est également une opportunité pour le secteur public de verser directement des fonds publics à des entreprises ou autres fournisseurs¹. Il importe de mesurer l'impact significatif que l'activité contractuelle gouvernementale peut avoir sur les économies locales et régionales. Selon le rapport du Groupe-conseil sur l'octroi des contrats municipaux publié en 2010, la valeur des marchés publics des organismes gouvernementaux est évaluée à 22,7 milliards de dollars pour les contrats d'approvisionnements, de service et les contrats de construction, dont 8 milliards sont alloués à des organismes municipaux et para-municipaux. Ainsi, pour les exercices 2011-2013 à 2014-2015 :

*« Les organismes publics québécois ont octroyé près de 120 000 contrats d'une valeur de 53 milliards de dollars. C'est donc dire que chaque année, ce marché de quelque 30 000 contrats dépasse les 13 milliards de dollars. En prenant en compte l'ensemble des contrats publics, les ministères et organismes ont attribué, avec le milieu municipal, près des trois quarts (72,4 %) de la valeur totale des contrats publics ».*²

En se fondant sur les rapports du Système électronique d'appel d'offres du gouvernement du Québec (SÉAO), en proportion, les réseaux de l'éducation et de la santé sont ceux ayant attribué le plus grand nombre de contrats.

Le marché des contrats publics apparaît bien vite comme une portion importante de l'activité économique du Québec. Il doit donc être géré en gardant à l'esprit qu'il est vecteur de croissance et d'opportunité économique pour les entreprises et les entrepreneurs.

Le RJCCQ appuie la création de l'Autorité des marchés publics sans réserve.

Toutefois le RJCCQ souhaite attirer l'attention sur la problématique des jeunes entreprises et jeunes entrepreneurs qui, dans le cadre normatif actuel que devra surveiller l'Autorité des marchés publics, ne parviennent pas à trouver leur place.

Dans les faits, la possibilité pour un organisme public de confier un contrat à un co-contractant est présidée par l'objectif d'obtenir le meilleur produit ou le meilleur résultat de même qu'il doit répondre à l'objectif d'efficacité. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que les critères à l'objectif d'efficacité ne sont pas exempts de problèmes. Le mode d'attribution des contrats publics par appels d'offres obligatoires pour les contrats au-delà d'un certain seuil avec adjudication au plus bas soumissionnaire conforme présente des lacunes.

¹ Contrats des organismes publics, loi commentée P.3

² Rapport complet de la commission Charbonneau, p. 71

Ce système encourage la fourniture de biens et de services de qualité inférieure, il force les entrepreneurs à faire de coûteux avant-projets et peut mener à la mise sur pied d'une coalition d'entrepreneurs cherchant à déjouer le système³.

Suites aux conclusion du rapport de la Commission Charbonneau, les impératifs de surveillance et de contrôle de l'octroi des contrats publics se sont imposés comme une nécessité afin de rétablir la confiance des contribuables quant à l'usage des deniers publics. À ce titre, les objectifs de la Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics⁴ adoptée le 7 décembre 2012 étaient clairs : « *ramener l'intégrité dans l'octroi des contrats publics, rétablir la confiance du public, punir les contrevenants et dissuader les malhonnêtes et encourager les bonnes pratiques et surtout, è ce moment là, récompenser l'honnêteté*⁵ ».

Des attributions et des pouvoirs discrétionnaires ont été accordés à l'Autorité des marchés financiers (AMF) et le gouvernement a déclenché une réflexion de fond qui coïncidait avec la montée en puissance de l'éthique publique pour reconstruire la confiance du citoyen à l'égard des personnes devant administrer la chose publique⁶.

Le RJCCQ lance un appel afin que les discussions actuelles entourant l'octroi des contrats publics ouvrent le débat sur les critères qui permettraient à l'Autorité des marchés publics d'étendre ses pouvoirs afin d'effectuer un contrôle sur une part du marché qui devra être réservée à de jeunes entreprises et de jeunes entrepreneurs.

³ Thérèse Rousseau-Houle, Les contrats de construction en droit public et privé, Montréal, Wilson & Lafleur, Sorej, 1982, p. 118.

⁴ L.Q. 2012, c. 25

⁵ Québec, Assemblée Nationale, Commission permanente des finances publiques, « *Étude détaillée du projet de loi n 1, Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* », dans Journal des débats de la commission permanentes des finances publiques, vol. 43, n 7 (22 novembre 2012), p. 1 Intervention de M. Stéphane Bédard, Ministre responsable de l'administration gouvernementale.

⁶ Yves Boisvert, « L'éthique publique : une nouvelle avenue pour les sciences sociales » dans Y. Boisvert et al. « Qu'est ce que l'éthique publique ? » Montréal, Liber, 2005, p. 9-25.

3. La question de l'équité dans le traitement entre concurrents :

L'adjudication des contrats se juge au regard du critère du plus bas soumissionnaire. Dans un appel d'offre classique ou normal, le prix est l'élément fondamental sur lequel le jeu de la concurrence se fera. Le soumissionnaire est appelé à correctement arrêter son prix, lequel couvre généralement les frais d'exécution et permet de dégager un profit raisonnable, faute de quoi, il ne pourra en aucun cas demander une indemnisation lui permettant de couvrir une mauvaise estimation.⁷

Tel est le principe qui sous-tend celui du traitement équitable entre les soumissionnaires. La question qui se pose alors est comment garantir un traitement équitable entre des soumissionnaires ? La notion d'équité est centrale dans l'analyse du principe.

En effet, si celle-ci fait référence à l'application d'une norme qui soit « impartiale » dans le sens d'égalité neutrale alors, en effet, la règle du prix le plus bas peut effectivement constituer un critère objectif pour satisfaire à l'exigence d'équité entre les soumissionnaires. Rappelons que selon la législation en vigueur⁸, la règle « *du plus bas soumissionnaire conforme* » signifie que le contrat doit être adjugé au soumissionnaire ayant présenté le prix le plus bas pour les contrats d'approvisionnement, de construction, et de services de nature technique. Le critère objectif visant donc essentiellement à « *protéger les contribuables* »⁹. M. Luc Gratton conclurait :

« l'intérêt public peut donc ne pas y trouver son meilleur compte, particulièrement en ce qui concerne la qualité du produit ou service retenu... afin de favoriser la concurrence et éliminer le favoritisme, (le législateur) a dû imposer une règle objective quant au choix des soumissionnaires et cette règle est celle du plus bas soumissionnaire¹⁰. »

⁷ *Beaurivage & Methot inc. c. Corp. De l'Hôpital de St-Sacrement* (1986) R.J.Q. 1729 (C.A); *Entreprises Michaudville inc. c. Montréal* (ville de) 2006 QCCS 3370, par. 15

⁸ Lois sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19, art 573, par. 8, code municipal du Québec, RLRQ, c. C-27.1, art 935, par 8 ; Règlements sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics, RLRQ, c.C-65.1, r.2 art 13 ; Règlement sur les contrats de construction des organismes publics, RLRQ, c. C-65.1, r.5, art.16.

⁹ *Axor construction inc. c. Bibliothèques et archives nationales du Québec*, 2012, QCCA 1228.

¹⁰ Luc Gratton, « questions d'intérêt concernant les contrats des Municipalités » Service de la formation continue, Barreau du Québec, Développements récents en droit municipal, vol. 87, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 191 dans Me J-B Pouliot « *Contrats des organismes publics, l'évaluation qualitative des offres* » Wolter Kluwer, 2013, p. 34.

Dans les faits, ce seul critère n'est pas sans poser de problèmes sur le plan pratique. Dans certains cas, l'obligation d'accepter la soumission la plus basse restreint la capacité de l'administration publique à défendre l'intérêt public. Or, des considérations telles que le rapport qualité-prix, l'expérience du soumissionnaire, le service après vente ou les garanties attachées au produit augmentent le prix de la soumission plus chère se trouvant alors écartée.

Même si une certaine discrétion existe pour permettre ou non la correction d'une irrégularité dans les soumissions, l'analyse de l'admissibilité et de la conformité demeure un processus objectif. Si dans certains cas, l'expérience ou l'habileté peuvent être des critères d'admissibilité, l'analyse de la soumission peut alors s'avérer risquée¹¹.

Le rapport de la Commission Charbonneau est très édifiant quand aux manœuvres, individuelles ou parfois concertées de firmes et entrepreneurs pour bénéficier de contrats publics¹². Certaines d'entre elles expliquent de manière claire la manière dont de jeunes entreprises ne peuvent rentrer en concurrence avec d'autres firmes plus importantes.

Ne pouvons-nous pas considérer en lieu et place d'une lecture seulement objective des soumissions, la possibilité d'inclure des critères qualitatifs ? Me Pouliot préconise de tenir compte, en lieu et place de l'analyse objective, d'une approche qualitative dans l'analyse des soumissions. En effet, en ne répondant qu'au seul critère du prix :

« un soumissionnaire n'aura pas avantage à suggérer des procédés plus efficaces mais plus coûteux. Il se limitera à satisfaire le cahier des charges du donneur d'ouvrage et déterminera un prix dans le but d'obtenir le contrat et d'être payé suffisamment pour l'exécuter »

¹¹ Idem, p. 35; Entreprises Marchand & Frères Inc. c. Sociétés d'énergie de la Baie James, 2009 QCCS 6087; Signalisation Pro-Sécur Inc c. Hydro-québec, 2011 QCCS 6340.

¹² Les cas des États-Unis d'Amérique, de l'Italie et du Pays-Bas démontrent parfaitement que les manœuvres et manipulations pour arracher des contrats publics sont une pratique courante. L'Organized Crime Task force (OCTF) a déterminé que « *Des procédures disparates d'octroi et de gestion de contrats, une lourdeur administrative liée à une réglementation incohérente, une volonté politique d'achever les projets le plus rapidement possible coûte que coûte et le système du plus bas soumissionnaire exploité par des entrepreneurs malhonnêtes, gonflant le prix final des contrats lors de la phase d'exécution, expliquent en partie cette situation (le recours à la fraude et au gaspillage)* ». Rapport de la Commission Charbonneau, p. 42..

Il s'agit d'un formalisme rigoureux auquel est astreinte l'administration publique contrainte d'accorder le contrat alors même que le soumissionnaire le plus bas ne soit pas celui capable de garantir le meilleur rapport qualité-prix.

Abstraction faite des manœuvres douteuses, pouvons nous continuer à parler de traitement équitable entre concurrents lorsque certaines grandes compagnies, en raison des moyens dont elles bénéficient, peuvent proposer un prix défiant toute concurrence pour de jeunes entreprises. Les grandes corporations ont le plus souvent des ressources humaines dotées « *d'un niveau d'expertise relativement élevé pour pouvoir analyser les documents contractuels, estimer leurs obligations et préparer des dossiers de soumission* »¹³. Il s'agit là d'un « *processus long, complexe, sophistiqué et coûteux* »¹⁴. Enfin, ces mêmes grandes compagnies sont financièrement prêtes à assumer les coûts et les frais liés non seulement à la préparation de la soumission mais aussi dans l'éventualité d'une contestation de l'adjudication auprès de l'Autorité (ainsi que le prévoient les articles 33 et suivants du projet de loi 108)

En d'autres termes, l'offre la plus avantageuse ne doit pas signifier uniquement l'offre la moins chère économiquement et doit tenir compte d'une notion relative en menant une réflexion sur ce que l'on entend par « qualité ». Si pour certains elle est une simple conformité aux exigences, pour d'autre elle constitue un degré d'excellence¹⁵.

L'ensemble de ces éléments permettent de remettre en cause la pertinence du critère objectif dans l'attribution des contrats publics comme seul moyen de déterminer le respect de l'intérêt public et du traitement équitable entre les concurrents. La possibilité de collusion ainsi que les écarts entre grandes entreprises et PME, est bel et bien réel et ne permet pas, de manière générale, à de jeunes entreprises et entrepreneurs, de bénéficier de contrats publics. Dans un tel contexte, qu'en est-il de la véritable concurrence ?

¹³ Denis Lemieux et Nicholas Jobidon, *L'accessibilité des PME aux marchés publics québécois* dans Charlaïne Bouchard (Dir) *Droit des PME*, Cowansville Édition Yvon Blais, 2011, p. 397.

¹⁴ Tembec inc. C. Régie de l'énergie 2007 QCCS 2068, paragr. 73.

¹⁵ Bernard Froman, Jean-Marc Grey et Fabrice Bonnifet, « Qualité, sécurité, environnement : construire un système de management intégré » Saint Denis la Plaine, AFNOR, 2007, p. 8

Faut-il pour autant écarter la notion de traitement « équitable » alors que ce principe constitue un pilier central du domaine de l'adjudication des contrats publics ? Pas tout à fait. Le RJCCQ recommande de faire une relecture de la notion d'équité dans son sens le plus véritable, savoir la possibilité pour une législation de demeurer juste en prévoyant les modalités afin de permettre à ceux qui ne peuvent en bénéficier d'être traités de manière équitable.

En substance, et devant la difficulté que subissent les jeunes entreprises et jeunes entrepreneurs de soumissionner de façon équitable avec les grandes firmes concurrentes, de leur accorder une part de marché afin qu'eux aussi puissent bénéficier de l'opportunité qu'ouvre la conclusion de contrats avec les organismes publics.

En vertu de l'article 27 du projet de loi 108, l'Autorité des marchés publics peut :

*« Ordonner à l'organisme de modifier à la satisfaction de l'Autorité ses documents d'appels d'offre ou d'en annuler lorsqu'elle est d'avis que les conditions de l'appel d'offre **n'assurent pas un traitement équitable des concurrents, ne permettent pas à des concurrents d'y participer bien qu'ils soient qualifiés pour répondre à des besoins exprimés** ou ne sont pas conformes au cadre normatif ». (art 27, 1^e alinéa) « ... désigner une personne indépendante pour **agir à titre de membre d'un comité de sélection pour l'adjudication d'un contrat public qu'elle indique** » (art 27, 4^e alinéa)... « ordonner à l'organisme public ... qu'il lui **transmette pour approbation la composition des comités de sélection pour les processus d'adjudication qu'elle indique** » (art 27, 5^e alinéa)*

Si l'AMP peut être autorisée à influencer sur les conditions de l'appel d'offre en se basant sur les critères d'admissibilité alors le RJCCQ recommande que soit rendue possible la mise à disposition des contrats publics pour les jeunes entreprises et entrepreneurs en :

- **Modifiant la Loi sur les contrats des organismes publics afin d'y inclure la part qui leur sera réservée pour leur faciliter l'accès,**
- **Dotant l'AMP des pouvoirs pour contrôler et surveiller que les critères des différentes offres permettent aux jeunes entrepreneurs et entreprises de valablement soumissionner de manière à respecter la part du marché public qui leur sera réservée.**

La démarche n'est pas sans précédent. Ailleurs dans le monde, cette possibilité a été ouverte pour diverses considérations qui peuvent valablement s'appliquer au Québec.

4. Des exemples à méditer :

Pour divers motifs d'ordre économique, social ou politique certains pays ont décidé de réserver une partie de leur marché public à une certaine catégorie de la population pour leur permettre de saisir l'opportunité de soumissionner pour des contrats publics. C'est notamment le cas du Mexique, de la France et du Kenya.

i) Accompagner le développement économique de la province ;

En Amérique latine, 99% des entreprises sont des PME qui emploient plus de 67% de la masse salariale. Devant l'écart de productivité entre les grandes entreprises et les PME mais aussi le constat que cet écart n'était pas propice à leur croissance durable, le Mexique a décidé de se doter d'une législation pour leur permettre d'accroître leur productivité et leur accès aux contrats publics :

- D'une part, en leur réservant une quote-part du marché public, et
- D'autre part, en les accompagnant et en les outillant pour valablement soumissionner aux offres publiques¹⁶.

Dans des pays comme le Mexique, ce marché contribue jusqu'à 20% du PIB soulignant la capacité d'un gouvernement à agir comme incitatif et comme moteur de la croissance économique du pays. Le gouvernement a donc fait le choix de ne pas investir uniquement dans les projets d'envergure mais aussi à développer des petits marchés à la portée des capacités des jeunes entrepreneurs et des jeunes entreprises.¹⁷

L'adoption d'une telle démarche a un effet sur plusieurs aspects de la vie sociale et économique :

- Accroître le bien-être de la population en créant des emplois et augmenter les impôts sur le revenu,
- Contribuer à l'édification d'une économie robuste,

¹⁶ Eight big ideas from Mexico. Empowering small and medium-sized enterprises by leveraging public procurement, Publication de Institut international du développement durable, 2015, en ligne (<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/empowering-smes-eight-big-ideas-mexico.pdf>)

¹⁷ *idem*

- Doter les jeunes entreprises de moyens pour accompagner le développement technique et l'innovation de leurs structures.
- Enfin, et en imposant des critères environnementaux, le gouvernement parvient à régir les procédés utilisés par les jeunes entrepreneurs dans l'exécution des contrats publics.

Le gouvernement mexicain ira beaucoup plus loin en promulguant la *Loi pour le développement de la compétitivité des PME* et consacra 35% des contrats de biens, produits et services publics aux micros, petites et moyennes entreprises. La loi prévoit que lorsque l'offre quantitative et qualitative entre plusieurs soumissionnaires est similaire, la préférence doit être donnée aux PME, de même que des points supplémentaires leurs sont accordés lorsqu'ils font preuve d'innovation dans leurs procédés.

En instituant l'Institut national de l'entrepreneuriat, sous la tutelle du ministère de l'Économie, le Mexique a doté l'organisme de la capacité nécessaire pour développer et renforcer l'écosystème entrepreneurial en incitant à davantage d'innovation et de compétitivité entre les PME. Cet Institut est doté des moyens pour faire face aux problèmes vécus par les PME, notamment le manque de ressources pour développer et exécuter des planifications complexes ou pour compléter leur application à l'offre publique, mais aussi en leur octroyant des crédits à bas taux d'intérêts pour pouvoir rentrer dans la course.

Il serait bon enfin de noter qu'en modifiant sa constitution en 2009, l'Autorité des marchés publics offre aux entités souhaitant soumissionner la possibilité de s'exprimer ou émettre des réserves sur les critères d'adjudication leur permettant par ce biais d'identifier les critères pouvant disqualifier les PME.

Pour revenir au Québec, le cinquième axe d'intervention de la Politique québécoise de la jeunesse 2030 est entièrement consacré à l'entrepreneuriat et au soutien que le gouvernement entend apporter aux jeunes souhaitant créer ou reprendre une entreprise. Le Québec peut s'inspirer de l'exemple du Mexique afin de réserver à sa relève entrepreneuriale la possibilité d'intégrer de manière équitable le marché des contrats publics.

ii) Des mesures d'exception pour rétablir l'équité entre soumissionnaires

Pour aborder la question de la dualité entre traitement équitable et concurrence, le fait d'écarter un critère objectif pour permettre l'inclusion d'une catégorie particulière de la population dans le marché des contrats publics existe également en France et même au Kenya.

Les territoires d'Outre-mer en France font face à la problématique de chômage endémique pour les jeunes de moins de 25 ans. Une des solutions préconisées par le gouvernement français a été de leur ouvrir son marché public afin qu'ils puissent bénéficier de l'opportunité qu'offrent les contrats publics pour cette jeune population.

La France a donc émis une ordonnance¹⁸ qui prévoit que :

« Pour les marchés publics exécutés dans les départements, régions, collectivités uniques d'outre-mer, ... lorsque le taux de chômage des jeunes de moins de 25 ans pour la dernière année connue dans le territoire considéré est égal ou supérieur à une proportion définie par voie réglementaire au taux de chômage observé pour le niveau national pour la même catégorie, les acheteurs peuvent imposer qu'une part minimale définie par voie réglementaire du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché public soit effectuée par des jeunes de moins de 25 ans domiciliés dans ce territoire »

De même, la volonté du gouvernement kenyan d'épauler et accompagner une partie de sa population est édifiante. En février 2012, le gouvernement a résolu de consacrer 10% des contrats publics aux jeunes âgés entre 18 et 35 ans. Un an plus tard, il augmenta cette part du marché à 30% et l'étendit aux jeunes entrepreneurs (pour les entreprises incorporées, le capital social devant être détenu à 70% par des jeunes de 18-35 ans) mais aussi aux femmes et aux personnes handicapées.

¹⁸ Ordonnance Numéro 2015-899 du 23 Juillet 2015 relative aux marchés publics.

Au Québec, fort heureusement les mêmes raisons ne s'appliquent pas. Toutefois, la dérogation au traitement équitable qui tient compte du critère de la jeunesse pourrait découler de la volonté de la société à préparer la relève et à inclure les jeunes dans l'accès aux marchés publics.

Le traitement équitable dans un cadre de concurrence entre soumissionnaires ne peut pas tenir compte uniquement du critère objectif du prix du plus bas soumissionnaire. Il devra impérativement tenir compte d'une situation d'iniquité pour les jeunes entreprises et jeunes entrepreneurs.

Le RJCCQ réitère son appel de réserver une quote-part du marché des contrats publics aux jeunes entreprises et entrepreneurs par l'entremise de l'insertion de critères spécifiques pour certains contrats.



RJCCQ

Regroupement des jeunes
chambres de commerce du Québec