

M^e Nicholas Jobidon

21 septembre 2016

Monsieur Raymond Bernier, Président
Commission des finances publiques
Édifice Pamphile-Le-May
1035, rue des Parlementaires
3^e étage, Bureau 3.15
Québec (Québec) G1A 1A3

Re: Mémoire sur le *Projet de loi n^o 108 : Loi favorisant la surveillance des contrats des organismes publics et instituant l’Autorité des marchés publics*

Monsieur le Président,

Le projet de loi 108 est un développement fort attendu en droit des marchés publics québécois. Il s’agit certainement d’une nouvelle étape dans la construction d’un régime efficace de surveillance et de gestion des contrats publics, et je suis ravi des mesures imaginatives et assainissantes qui y sont contenues.

Les commentaires suivants visent toutefois à exposer certaines préoccupations afin d’atteindre les objectifs visés par ce projet de loi et de construire davantage le régime québécois du droit des marchés publics.

Le régime d’autorisation par l’Autorité des marchés publics

Le projet de loi 108 est une bonne opportunité de réviser le régime d’autorisation à conclure des contrats avec des organismes publics. Plus particulièrement, le pouvoir discrétionnaire accordé à l’Autorité des marchés publics (ci-après « l’Autorité ») est très large et les limites en sont difficiles à circonscrire. Dans son état actuel, le pouvoir de l’Autorité est décrit principalement aux articles suivants de la LCOP :

- 21.26, qui prévoit dans quels cas l’autorité **doit** refuser une autorisation;
- 21.27, qui prévoit un pouvoir discrétionnaire général de refuser une autorisation lorsqu’une entreprise « ne satisfait pas aux exigences élevées d’intégrité auxquelles le public est en droit de s’attendre »;
- 21.28, qui vise à qualifier davantage ce pouvoir discrétionnaire, voire à l’élargir au-delà des limites habituelles d’un tel pouvoir.

Ce pouvoir discrétionnaire de l’Autorité prête le flanc à de nombreuses critiques.

La qualification administrative du pouvoir d'autorisation

Premièrement, le fait que ce régime d'autorisation soit ostensiblement un pouvoir administratif (plutôt que quasi-judiciaire) est la source d'un certain malaise quant à son exercice.

La qualification administrative du pouvoir déjoue l'application de l'arrêt *Régie des permis d'alcool*¹, lors duquel la Cour suprême avait considéré que la Régie, en tant que tribunal, devait agir de façon impartiale. Plus particulièrement, la Cour suprême avait considéré qu'un même intervenant ne pouvait cumuler des fonctions de poursuivant et de décideur. Or, dans l'administration du pouvoir d'autorisation de l'AMP, le commissaire associé de l'UPAC peut d'abord effectuer des vérifications impromptues à l'égard d'entreprises autorisées (art. 21.32 LCOP), puis émettre un avis à l'Autorité comportant une recommandation quant à la révocation de l'autorisation de l'entreprise (art. 21.21, 21.32 LCOP).

Cette qualification a également été utilisée par le passé pour assouplir à l'extrême certaines règles de preuve : dans l'affaire *Bentech*, l'autorisation d'une entreprise a été refusée sur la foi de témoignages de tiers offerts lors de la commission Charbonneau², ce qui constitue une preuve qui aurait été jugée insuffisante par un tribunal. L'Autorité pourrait-elle tenir compte de rumeurs ou de propos mal rapportés? Pourrait-elle tenir compte de déclarations qui ne sont pas faites sous serment?

De plus, le pouvoir d'autorisation de l'Autorité échappe partiellement aux règles importantes d'équité procédurale qui s'appliqueraient dans un processus quasi-judiciaire. Dans l'état actuel des choses, l'Autorité n'a pas l'obligation de transmettre aux entreprises tous les documents reçus³ des commissaires associés aux vérifications nommés en vertu de la *Loi concernant la lutte contre la corruption*⁴. Par ailleurs, dans l'exercice de ce pouvoir, l'Autorité des marchés financiers n'a pas toujours communiqué tous les documents pertinents aux entrepreneurs qui se sont vus refuser l'autorisation⁵.

Finalement, bien que le nom des entreprises autorisées soit inscrit dans un registre public, les décisions et les motifs de l'Autorité résultant de l'exercice de son pouvoir d'autorisation ne sont jamais publiés et demeurent opaque au public duquel on tente de regagner la confiance.

La présomption de bonne foi et le fardeau de preuve d'intégrité

Deuxièmement, le régime d'autorisation actuel exige une démonstration de l'intégrité de toute entreprise qui désire être autorisée à contracter avec des organismes publics⁶.

Toutefois, les seules preuves dont fait état la LCOP afin de juger de l'intégrité d'une entreprise sont celles qui peuvent être décelées par la vérification du commissaire associé de l'UPAC. Les entreprises qui désirent obtenir une autorisation sont ainsi

¹ 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

² 9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2014 QCCS 2070, par. 127.

³ *LUQS inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 86; Requête en rejet d'appel accueillie à 2015 QCCA 1371.

⁴ RLRQ c. L-6.1

⁵ *Terra Location inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 509

⁶ *Ali Excavation inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 939, par. 91, citant 9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2014 QCCS 2070, par. 53.

forcées de prouver leur intégrité par l'absence de tares à leur dossier; or, il est notoirement difficile de faire la preuve d'un fait négatif.

Conclusion sur le régime d'autorisation

Le pouvoir discrétionnaire de l'Autorité de refuser des demandes d'autorisation à contracter doit être ajusté. Ce pouvoir discrétionnaire est important et justifié, mais trop peu encadré.

L'article 21.28 LCOP peut être abrogé sans modifier l'essence du régime d'autorisation, puisque l'article 21.27 LCOP prévoit déjà un large pouvoir discrétionnaire de refuser ou de révoquer des demandes d'autorisation lorsqu'une entreprise n'a pas suffisamment démontré son intégrité.

Afin de mieux guider l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, l'Autorité pourrait publier ses décisions sur son site web. Cette nouvelle transparence permettrait aux entreprises qui souhaitent obtenir une autorisation de se renseigner quant aux facteurs qui influencent la prise de décision de l'Autorité. De plus, la banque de décisions de l'Autorité permettra à celle-ci de dégager ses propres pratiques administratives, et garantirait au public que ce pouvoir est bien exercé.

De plus, le régime d'autorisation pourrait prévoir que la bonne foi des entrepreneurs est présumée, et que ceux-ci peuvent s'attendre recevoir l'autorisation à conclure des contrats publics à moins que la vérification du commissaire associé de l'UPAC ne soulève des doutes quant à leur intégrité. Dans un tel cas, l'Autorité devrait communiquer à l'entreprise tous les éléments de preuve qui nuisent à l'obtention de son autorisation afin de permettre à cette dernière de se prévaloir efficacement de son droit de réponse prévu à l'article 21.37 LCOP.

Arbitrage quant à la conformité ou la qualité des soumissions

Une partie importante des dossiers judiciairisés en matière de marchés public touche à l'étude de conformité des soumissions. En effet, lorsque la plus basse soumission reçue par un organisme public contient quelque irrégularité, un recours judiciaire peut aisément s'ensuivre puisque si l'organisme public considère que cette irrégularité est grave, le soumissionnaire évincé pourrait tenter un recours en bris de contrat, alors que si l'organisme public décide de passer outre à cette irrégularité et d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire, le deuxième soumissionnaire le plus bas conforme pourrait tenter le même recours. Puisque le dépôt d'une soumission conforme par un soumissionnaire en réponse à un appel d'offres crée une relation contractuelle entre celui-ci et l'organisme public⁷, toute erreur par l'organisme public dans l'interprétation de ce qu'est une irrégularité mineure ou majeure constitue un bris de contrat qui peut être sanctionné par les tribunaux.

Comme les documents d'appel d'offres déterminent les clauses de ce pré-contrat liant l'organisme public aux soumissionnaires, ces documents peuvent aussi inclure une clause d'arbitrage afin que les parties fassent trancher de telles questions d'interprétation contractuelle par un ou plusieurs arbitres plutôt que par un tribunal de droit commun. Cette stratégie s'inscrirait dans la continuité de la réforme du nouveau

⁷ *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619.

Code de procédure civile, et permettrait aux soumissionnaires et aux organismes publics de régler leurs conflits beaucoup plus rapidement et économiquement. Par ailleurs, avec un jugement arbitral rapide, les organismes publics pourraient éviter de donner le contrat pour plutôt annuler l'appel d'offres et ainsi éviter d'être condamné à indemniser un soumissionnaire injustement évincé, plusieurs années après l'octroi du contrat, du profit qu'il aurait réalisé sur le contrat.

Cependant, malgré les avantages propres à l'arbitrage, le droit des marchés publics s'intéresse en partie au processus décisionnel d'organismes publics et relève donc partiellement du droit public (et donc de l'intérêt public); il ne serait donc pas approprié de confier ces litiges à un processus opaque et entièrement privé.

Dans le contexte de son rôle de supervision du droit des marchés publics québécois, l'Autorité pourrait donc avoir la responsabilité de tenir un registre d'arbitres accrédités pour entendre des dossiers de droit des marchés publics. De plus, l'Autorité pourrait maintenir une banque publique de décisions arbitrales : de cette manière, les sentences arbitrales pourraient continuer à enrichir la jurisprudence en droit des marchés publics et l'aspect public des décisions intéressant les organismes publics serait maintenu.

Suspension et résiliation de contrats par l'Autorité

Le projet de loi 108 permet à l'Autorité de suspendre ou de résilier un contrat public lorsque « elle est d'avis que la gravité des manquements constatés au regard de la gestion contractuelle » justifie ces mesures (art. 27(1)6^o); l'Autorité doit alors transmettre sa décision motivée immédiatement au dirigeant d'organisme public et au contractant visé (art. 28).

Outre l'immunité de l'Autorité et de son personnel à l'encontre des poursuites en raison « d'actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de [leurs] fonctions » (art. 63), le projet de loi 108 est silencieux quant à la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle pouvant découler de ce pouvoir de résiliation. Ce pouvoir de l'Autorité peut présentement être exercé à l'encontre de contractants (et de ses sous-traitants, le cas échéant) qui ne sont pas en faute : ce serait le cas, par exemple, si un organisme public octroi légalement un contrat au soumissionnaire qui avait déposé la plus basse soumission conforme, malgré le fait que l'Autorité considère que l'appel d'offres aurait dû être plus permissif envers des produits équivalents à celui recherché par l'appel d'offres. Si les conditions de l'article 27(1)6^o sont remplies, l'Autorité serait alors justifiée d'intervenir et de résilier le contrat. Bien que l'intérêt public soit ainsi protégé, l'intérêt privé du contractant de bonne foi, lui, serait toutefois injustement piétiné.

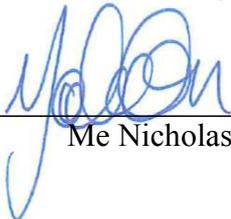
Il serait souhaitable que le projet de loi 108 indique alors dans quelles circonstances le contractant dispose d'un recours contractuel ou extracontractuel à l'encontre de l'organisme public auteur de l'appel d'offres. Le contractant doit-il demander au Conseil du trésor d'exercer le pouvoir qui lui est confié par l'article 117 du projet de loi 108 (créant l'article 25.0.1 (2) LCOP) afin de minimiser ses dommages? Dans le cas d'un contrat d'entreprise ou de services, l'Autorité peut-elle invoquer, pour le compte de l'organisme public, le droit à la résiliation unilatérale prévu aux articles 2125 et 2129 du *Code civil du Québec*?

Par ailleurs, le projet de loi 108 semble accorder à l'Autorité le pouvoir discrétionnaire de résilier tout contrat conclu par un organisme public avant que l'Autorité n'ait rendu une décision en réponse à une plainte d'un soumissionnaire (art. 58(1)). Si tel est le cas, l'article 58 devrait être clarifié pour bel et bien identifier le pouvoir de l'Autorité de décider de résilier ou non le contrat de plein droit. Ce pouvoir discrétionnaire de résilier un contrat pourrait être limité aux seuls cas où la décision de l'Autorité par rapport à la plainte d'un soumissionnaire a ultimement un impact sur le processus d'appel d'offres, de manière à éviter de causer inutilement préjudice aux contractants de bonne foi qui se font accorder des contrats par des organismes publics.

Conclusion

Le droit des marchés publics québécois connaît des développements importants depuis les dernières années. Plusieurs mesures récentes font du Québec un joueur innovateur dans la gestion des contrats publics. Bien que le chantier que constitue notre droit des marchés publics n'ait pas l'ampleur ou la majesté d'un barrage hydroélectrique, la créativité québécoise n'y est pas moins manifeste et le régime juridique qui en résulte est et demeurera, à juste titre, une source de fierté. J'espère que les commentaires exposés dans ce mémoire auront permis de contribuer, bien humblement, à ce projet.

Je vous remercie de votre attention et vous prie de recevoir, Monsieur le Président, l'expression de mes meilleurs sentiments.



Me Nicholas Jobidon