

14 JUILLET 2015

Les nouvelles dispositions plus souples sur l'intégrité régissant les contrats publics fédéraux

Auteurs : [Louis-Martin O'Neill](#), [Mark Katz](#), George N. Addy, Stéphane Eljarrat et Gabriel Querry

Le 3 juillet 2015, le gouvernement fédéral a mis en œuvre un nouveau régime d'intégrité (le nouveau régime) régissant l'aptitude des fournisseurs à conclure des contrats d'approvisionnement et à procéder à des transactions immobilières avec Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC). Le nouveau régime s'appliquera à tous les ministères et organismes fédéraux au cours des prochains mois.

L'ancien régime prévoyait une exclusion automatique pendant une période de dix ans du fournisseur qui était condamné pour certaines infractions. Le nouveau régime permet davantage de souplesse et confère un plus grand pouvoir discrétionnaire que le régime précédent quant à la détermination des périodes d'inadmissibilité. Plus particulièrement,

- la période d'inadmissibilité de dix ans peut être réduite d'au plus cinq ans, aux termes d'une entente administrative, « si le fournisseur a coopéré avec les autorités chargées de l'application des lois ou a remédié aux actes fautifs qui ont mené à son inadmissibilité »;
- la condamnation d'une personne affiliée au fournisseur pour une infraction figurant sur la liste des infractions (définie ci-dessous) n'entraîne pas l'inadmissibilité du fournisseur à moins que ce dernier n'ait participé à la perpétration de l'infraction ou qu'il ne l'ait influencé;
- le dépôt de chefs d'accusation contre un fournisseur peut entraîner son inadmissibilité pendant une période maximale de 18 mois ou aussi longtemps qu'il faudra jusqu'à l'achèvement des procédures pénales; et
- les fournisseurs peuvent demander une détermination anticipée de leur admissibilité au moyen d'une divulgation volontaire auprès du ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le ministre) afin que leur période d'inadmissibilité puisse débiter et que les mesures correctives puissent être appliquées, le plus tôt possible, le cas échéant.

Les documents de soumission de TPSGC en cours le 3 juillet 2015 seront modifiés pour tenir compte du nouveau régime. En ce qui concerne les fournisseurs inadmissibles aux termes de l'ancien régime d'intégrité, TPSGC réévaluera leur admissibilité en fonction du nouveau régime. Les nouvelles dispositions portant sur l'intégrité seront appliquées à l'égard des nouveaux contrats, mais elles n'affecteront pas les contrats existants.

Portée de l'application

À la différence de l'ancien régime, qui s'appliquait uniquement à TPSGC et à quelques autres organismes, le nouveau régime s'applique aux contrats d'approvisionnement, aux contrats de construction, aux contrats immobiliers et aux contrats de service conclus avec les ministères et les organismes fédéraux, à l'exception de certains contrats particuliers dont :

- les contrats liés aux missions militaires;
- les contrats « liés à la réalisation [...] de travaux ou encore à la prestation de services en terrain étranger et conclus en terrain étranger »;
- les contrats financiers, les contrats d'assurance et les contrats d'emploi;

- les contrats pour la location de biens ou les ententes pour la location de biens immobiliers qui sont assortis d'une option permettant l'achat de ces biens; et
- les contrats qui sont accessoires à un contrat principal qui était en vigueur avant le 3 juillet 2015.

Le nouveau régime permet également au ministre de déterminer des seuils monétaires, mais aucun seuil n'a encore été annoncé.

Périodes d'inadmissibilité en fonction de la nature des infractions

La durée de la période d'inadmissibilité dépend de la nature de l'infraction commise par le fournisseur.

Un fournisseur qui a été déclaré coupable de certaines infractions de fraude envers le gouvernement sera *inadmissible de façon permanente*, ou du moins jusqu'à ce qu'il ait obtenu un pardon (ce qui est cohérent avec le sens du paragraphe 3 de l'article 750 du *Code criminel*).

Un fournisseur qui, au cours des trois années précédentes, a été condamné pour une infraction prévue à l'une ou l'autre des dispositions législatives suivantes sera *inadmissible pendant une période de dix ans* (ci-après la « liste des infractions », au même titre que s'il avait été condamné pour une infraction de fraude envers le gouvernement) :

- Code criminel** : article 119 (corruption de fonctionnaires judiciaires), article 120 (corruption de fonctionnaires), article 346 (extorsion), article 366 à 368 (faux et infractions similaires), article 382 (manipulations frauduleuses d'opérations boursières), article 382.1 (délit d'initié), article 397 (falsification de livres et documents), article 422 (violation criminelle de contrat), article 426 (commissions secrètes), article 426.31 (recyclage des produits de la criminalité), articles 467.11 à 467.13 (participations aux activités d'une organisation criminelle);
- Lois sur la concurrence** : article 45 (complot, accord ou arrangement entre concurrents), article 46 (directives étrangères), article 47 (truquage des offres), article 49 (accords bancaires fixant les intérêts), article 52 (indications fausses ou trompeuses), article 53 (documentation trompeuse);
- Loi de l'impôt sur le revenu** : article 239 (déclarations fausses ou trompeuses);
- Loi sur la taxe d'accise** : article 327 (déclarations fausses ou trompeuses);
- Loi sur la corruption d'agents publics étrangers** : article 3 (corruption d'agents publics étrangers), article 4 (comptabilité), article 5 (infraction commise à l'étranger);
- Loi réglementant certaines drogues et autres substances** : article 5 (trafic de substances), article 6 (importation et exportation), article 7 (production de substance); ou
- Loi sur le lobbying** : article 5 de la *Loi sur le lobbying* (obligation du lobbyiste-conseil de déclarer ses activités de lobbying).

De même, un fournisseur qui, au cours des trois années précédentes, a été déclaré coupable d'une infraction similaire à celles figurant sur la liste des infractions qui a été perpétrée à l'étranger, à l'exception de l'infraction prévue à l'article 5 de la *Loi sur le lobbying*, sera inadmissible pendant une période de dix ans dans les cas suivants :

- le fournisseur a comparu devant un tribunal compétent;
- le fournisseur a comparu durant les procédures judiciaires ou a reconnu la compétence du tribunal;
- la décision du tribunal n'a pas été obtenue par fraude;
- le fournisseur était en droit de soumettre au tribunal tous les éléments de défense qu'il aurait pu soumettre à un tribunal canadien dans les mêmes circonstances;

- le fournisseur n'a pas obtenu de pardon pour cette infraction.

Même à l'expiration de la période d'inadmissibilité de dix ans, pour être admissible, un fournisseur pourrait devoir obtenir une attestation d'une tierce partie. Cette dernière serait alors appelée à confirmer, aux frais du fournisseur, que ce dernier a pris les mesures nécessaires pour éliminer les gestes et les comportements qui ont mené à sa condamnation. En d'autres termes, une attestation d'une tierce partie pourrait devoir être obtenue pour que le fournisseur soit de nouveau admissible à conclure des contrats avec le gouvernement fédéral.

Enfin, un fournisseur qui a sciemment délégué à un sous-traitant inadmissible une partie d'un contrat public fédéral sans avoir été préalablement autorisé, par le gouvernement fédéral, à conclure un contrat avec ce sous-traitant inadmissible sera *inadmissible pendant une période de cinq ans*.

La période d'inadmissibilité entre en vigueur dès que le fournisseur reçoit un avis d'inadmissibilité de la part du ministre. Cette période peut prendre fin ou être évitée si l'un ou l'autre des cas suivants s'appliquent au fournisseur et que ce dernier a respecté les conditions applicables, le cas échéant :

- il a obtenu une absolution inconditionnelle ou une absolution conditionnelle;
- il a obtenu un pardon aux termes de la prérogative royale de clémence ou de l'article 748 du *Code criminel*;
- il a obtenu une suspension de casier judiciaire en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*;
- il a bénéficié d'une mesure étrangère assimilable à une absolution, un pardon ou une suspension de casier judiciaire.

Période d'inadmissibilité en raison d'une infraction commise par une personne affiliée

Tout comme dans le cadre de l'ancien régime d'intégrité, une personne affiliée¹ qui a été déclarée coupable d'une infraction figurant sur la liste des infractions et qui n'a pas obtenu une suspension de casier judiciaire peut se voir imposer une période d'inadmissibilité. Cependant, le nouveau régime limite cette « inadmissibilité filiale » aux fournisseurs qui ont participé à la perpétration de l'infraction commise par la personne affiliée ou l'ont influencée.

Suspension

Aux termes de l'ancien régime d'intégrité, seule une condamnation au criminel pouvait entraîner l'exclusion d'un fournisseur. Selon le nouveau régime, le ministre peut désormais suspendre l'admissibilité d'un fournisseur pendant une période d'au plus 18 mois si ce fournisseur a été accusé d'une des infractions figurant sur la liste des infractions ou s'il a avoué avoir commis une infraction figurant sur cette liste. Une telle période de suspension peut être prolongée « aussi longtemps qu'il faudra jusqu'à l'achèvement des procédures pénales ». La période peut également être réduite ou être mise en suspens par le ministre aux termes d'une entente administrative (voir ci-dessous).

Exception destinée à protéger l'intérêt du public

Le gouvernement fédéral peut conclure un contrat avec un fournisseur inadmissible – à l'exception d'un fournisseur qui a été déclaré coupable de certaines infractions de fraude envers le gouvernement et qui n'a pas obtenu une suspension de casier judiciaire – pour des motifs d'intérêt public dans certains cas, dont les suivants :

- les cas d'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public;
- le fournisseur est le seul à pouvoir exécuter le contrat;
- le contrat est essentiel pour maintenir des réserves d'urgence suffisantes afin de parer aux possibles pénuries;
- le fait de ne pas conclure un contrat avec le fournisseur aurait des répercussions néfastes importantes sur la santé, la sécurité nationale, la sûreté, la sécurité ou le bien-être économique ou financier de la population canadienne ou le fonctionnement d'un secteur de l'administration publique fédérale.

Réduction de la période d'inadmissibilité au moyen d'ententes administratives

Le nouveau régime prévoit la possibilité de conclure des « ententes administratives » avec le ministre afin que soit réduite la période d'inadmissibilité. Par exemple, aux termes d'une entente administrative, le fournisseur peut obtenir :

- une réduction, d'au plus cinq ans, de la période d'inadmissibilité de dix ans si le fournisseur fait la preuve qu'il a « collaboré avec les responsables de l'application de la loi » ou qu'il a « pris les mesures pour éliminer les motifs de l'inconduite »;
- une réduction de la durée de la période d'inadmissibilité ou l'annulation d'une période d'inadmissibilité résultant du dépôt d'accusations pour une infraction figurant sur la liste des infractions.

De plus, lorsqu'un fournisseur devient inadmissible alors que le contrat conclu avec lui est en cours d'exécution, le ministre peut décider de conclure une entente administrative avec ce fournisseur plutôt que de résilier le contrat. Enfin, une entente administrative doit être conclue lorsque le gouvernement fédéral décide, pour des motifs d'intérêt public, d'accorder un contrat à un fournisseur inadmissible.

En général, les ententes administratives imposeront au fournisseur des mesures correctives ou des obligations de conformité, par exemple l'obligation de dispenser une formation aux employés, de se soumettre à des vérifications faites par des vérificateurs externes et de communiquer des renseignements figurant dans les livres et registres du fournisseur. Le ministre peut, par exemple, exiger que le fournisseur fasse l'objet d'une « vérification de la conformité par un tiers ». Le tiers ou le vérificateur doit être indépendant et on peut exiger de lui qu'il fasse rapport régulièrement au ministre.

Divulgence volontaire

Un fournisseur peut divulguer volontairement certaines informations et demander au ministre une « détermination anticipée » de son inadmissibilité compte tenu de cette divulgation. Le ministre peut demander davantage de renseignements au fournisseur et exiger qu'un tiers valide ou confirme par ailleurs les renseignements soumis par le fournisseur.

TPSGC espère que le processus de divulgation volontaire incitera les fournisseurs à divulguer de manière proactive les inconduites plutôt qu'à s'exposer au risque qu'une période d'inadmissibilité soit imposée durant un processus d'appel d'offres ou au cours de l'exécution d'un contrat.

Liste des fournisseurs inadmissibles accessible en ligne

Les noms des fournisseurs inadmissibles, à l'exception de ceux dont le nom figure dans un répertoire à accès restreint, sont publiés sur le site Web de TPSGC.

Recours possibles pour contester les décisions du ministre

La décision du ministre à l'égard de l'admissibilité d'un fournisseur peut faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Les conclusions à l'effet qu'un fournisseur est inadmissible en raison de sa participation à une infraction commise par une personne affiliée peuvent aussi faire l'objet d'un nouvel examen interne de la part du ministre.

Conclusion

Bien que le nouveau régime offre davantage de souplesse et confère un plus grand pouvoir discrétionnaire que l'ancien régime quant à son application, il n'est pas aussi clément qu'on l'aurait souhaité. Par exemple, aucune disposition ne permet d'exclusion discrétionnaire, comme c'est le cas au Québec, selon laquelle les fournisseurs peuvent éviter l'exclusion automatique en mettant un terme à leur association avec les personnes responsables des infractions.

¹ Le terme «personnes affiliées» s'entend des personnes physiques ou morales, y compris des sociétés, des filiales, des sociétés de personnes, des administrateurs, des mandataires et des employés clés, qui sont visées par l'une des situations suivantes :

- l'une contrôle ou a le pouvoir de contrôler l'autre; ou
- un tiers a le pouvoir de contrôler les deux.

Personnes-ressources : [Mark Katz](#) et [Louis-Martin O'Neill](#)

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.