13 MAI 2016

Modifications du régime d'intégrité du Canada : répercussions importantes des obligations d'information et de certification relatives aux contrats conclus avec le gouvernement fédéral

Auteurs : [John Bodrug](#), [Mark Katz](#), [Alysha Manji-Knight](#), George N. Addy et Stéphane Eljarrat

Le 4 avril 2016, le gouvernement fédéral a adopté des modifications à son régime d'intégrité, qui régit l'éligibilité des fournisseurs à conclure des contrats avec Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (le « TPSGC ») et un certain nombre d'autres agences et ministères fédéraux. Les modifications font suite aux commentaires formulés par les intéressés à la suite de la réforme en profondeur du régime l'an dernier. (Voir notre publication sur la [réforme du régime d'intégrité de juillet 2015](#).)

Sommaire

Les modifications apportées en avril 2016 viennent préciser et éclaircir certains aspects du régime d'intégrité, notamment :

- **Champ d'application.** Les modifications élargissent l'éventail de contrats qui ne sont pas soumis à l'application du régime d'intégrité notamment, les contrats de biens, de services et de construction, les contrats de sous-traitance et les accords immobiliers dont la valeur est inférieure à 10 000 \$.
- **Sous-traitants.** Les modifications restreignent l'application de certaines obligations des fournisseurs aux « premiers sous-traitants » c'est-à-dire, les sous-traitants qui entretiennent avec un fournisseur une relation contractuelle directe, et énoncent les conditions aux termes desquelles les fournisseurs peuvent, dans certaines circonstances limitées, conclure un contrat avec des premiers sous-traitants qui ont fait l'objet d'une détermination d'inadmissibilité ou d'une suspension.
- **Dispositions anti-évitement.** Les modifications contiennent également des dispositions anti-évitement visant à empêcher les entités de se soustraire à l'application du régime en procédant à certains types de restructuration d'entreprise, de dessaisissement ou d'autres opérations.

Considérations importantes

Ceci étant dit, l'élément peut-être le plus important à retenir de ces modifications pour les fournisseurs qui concluent un contrat avec le gouvernement du Canada concerne certains nouveaux aspects des obligations d'information et de certification qui leur incombent et les sanctions dont ils sont passibles en cas de non-respect de ces obligations.

Certification

De façon générale, en vertu du régime d'intégrité, chaque soumissionnaire et chaque fournisseur doit certifier qu'aucune des infractions criminelles définies par la loi canadienne ni aucune autre circonstance énoncée dans la *Politique d'inadmissibilité et de suspension* de TPSGC (la « Politique ») qui entraîneront ou qui sont susceptibles d'entraîner une détermination d'inadmissibilité ou une suspension ne s'appliquent à lui, à ses affiliées et aux premiers sous-traitants avec lesquels il entend faire affaire. Étant donné que la simple mise en accusation, et non seulement une déclaration de culpabilité, à l'égard d'une infraction applicable peut entraîner une inadmissibilité, l'obligation de certification semble s'appliquer également aux infractions dont le soumissionnaire ou le fournisseur conteste le bien-fondé.

Les modifications d'avril 2016 ont accru l'importance, pour les fournisseurs, de soumettre des certifications contenant de l'information exacte puisqu'elles indiquent que si TPSGC est d'avis que le fournisseur lui a présenté une certification ou une déclaration fautive ou trompeuse en vertu de la Politique, le fournisseur sera automatiquement inadmissible à conclure des contrats avec le gouvernement pendant une période de dix ans et ce, sans qu'une réduction de la période d'inadmissibilité soit possible.

Cette sanction automatique est source de préoccupation puisque certaines sociétés pourraient avoir de la difficulté à fournir de l'information tout à fait exacte dans leurs certifications en raison de certains aspects de la Politique. Par exemple, la définition large et non limitative du terme « affiliée » est susceptible de créer une incertitude et un risque de certification contenant de l'information fautive en ce qu'elle inclut les entités qui sont sous un contrôle commun « de fait » et intègre une notion de « contrôle présumé » qui n'est pas définie. Les modifications d'avril 2016 tentent d'apporter certains éclaircissements en indiquant que les indices de contrôle ne se limitent pas à la propriété commune; ils incluent une direction commune, la désignation d'intérêts (souvent des membres d'une même famille), le partage d'installations et d'équipement ou l'utilisation conjointe d'employés. Par conséquent, il pourrait y avoir lieu de se demander si un co-entrepreneur pourrait être considéré comme une affiliée aux fins de l'application de la Politique même s'il n'en est clairement pas une en vertu du droit régissant les sociétés. Bien que certains ajouts apportés à la définition d'affiliée soient semblables à ce que l'on trouve dans la définition du terme « *affiliate* » dans le *Federal Acquisition Regulations* des États-Unis, contrairement au régime canadien, les conséquences de la conduite d'une affiliée en vertu de la réglementation américaine semblent être discrétionnaires plutôt qu'automatiques.

La Politique ne traite pas, par ailleurs, de la mesure dans laquelle un fournisseur engagera ou n'engagera pas sa responsabilité lorsqu'il se fie aux déclarations que lui a faites une affiliée ou un premier sous-traitant selon lesquelles l'affiliée ou le premier sous-traitant n'a pas été déclaré coupable ou accusé d'une infraction définie par la loi canadienne applicable. (Il convient de souligner qu'en vertu des modifications d'avril 2016, le fait de conclure un contrat de sous-traitance avec un premier sous-traitant inadmissible emporte automatiquement l'application d'une période d'inadmissibilité de cinq ans et ce, sans qu'une réduction de la période d'inadmissibilité soit possible.)

En vertu des modifications d'avril 2016, chaque soumissionnaire et chaque fournisseur doit également fournir et certifier, dans le cadre de sa soumission, « une liste complète de toutes les accusations au criminel et déclarations de culpabilité à l'étranger qui les touchent ou qui touchent leurs sociétés affiliées ou les premiers sous-traitants qu'ils proposent et qui, à leur connaissance, s'apparentent aux infractions criminelles définies par la loi canadienne et énoncées dans la Politique ». Les soumissionnaires et les fournisseurs pourraient avoir de la difficulté à dresser une liste complète de ces accusations et déclarations de culpabilité compte tenu de la définition large du terme affiliée, tel qu'il est indiqué ci-dessus, mais également de l'incertitude potentielle concernant les infractions à l'étranger qui pourraient être considérées comme « s'apparentant » aux infractions définies par la loi canadienne et énoncées dans la Politique. Toutefois, contrairement à l'information devant être fournie dans la certification applicable aux infractions définies par la loi canadienne par rapport à l'information devant être fournie à l'étranger, celle-ci est « à la meilleure connaissance » de la personne qui la soumet. (La Politique ne fait pas mention de la mesure dans laquelle TPSGC s'attend à ce que les soumissionnaires et les fournisseurs enquêtent sur les affiliées et les sous-traitants afin de fournir cette certification concernant les infractions à l'étranger.)

Quoiqu'il en soit, les fournisseurs qui concluent un contrat avec le gouvernement du Canada devraient s'assurer de mettre en œuvre des mécanismes de divulgation internes permettant de faire le suivi des infractions à l'étranger qui pourraient s'apparenter aux infractions définies par la loi canadienne et énoncées dans la Politique, mais aussi de certaines infractions qui débordent le cadre de la collusion ou de la corruption, comme l'infraction concernant la publicité trompeuse prévue par la *Loi sur la concurrence*.

Obligations d'information continue

En vertu des modifications d'avril 2016, les soumissionnaires et les fournisseurs qui concluent un contrat avec TPSGC doivent respecter une obligation d'information continue supplémentaire, soit celle d'informer TPSGC, dans les dix jours ouvrables, de « toute accusation, condamnation ou autre circonstance pertinente aux fins de la Politique [les concernant ou concernant leurs] affiliées ou [leurs] premiers sous-traitants ». Les soumissionnaires et les fournisseurs, en particulier les grandes sociétés multinationales ayant de nombreuses sociétés affiliées étrangères, pourraient avoir de la difficulté à respecter cette obligation compte tenu du court délai dont ils disposent pour ce faire et de l'étendue de la portée de cette obligation.

Les fournisseurs devront également être au fait des obligations d'information applicables dans d'autres territoires notamment, celles qui sont imposées par les organismes internationaux compétents comme la Banque mondiale, lorsque les contrats d'approvisionnement relèvent de la compétence de ces organismes.

Conclusion

Les modifications d'avril 2016 clarifient certains aspects de la Politique, mais elles ont également introduit certaines règles et des conséquences rigides pour ceux qui ne respectent pas l'obligation de certification concernant la conduite des affiliées et des premiers sous-traitants. Bien que l'application pratique de ces aspects de la Politique par TPSGC reste à voir, le manque de souplesse de la Politique et son vaste champ d'application risquent de mener à des résultats qui vont au-delà de la nécessité de veiller à ce que le gouvernement transige avec des fournisseurs qui font preuve d'un haut sens moral et éthique. L'application de la Politique aurait pour effet de réduire le nombre de soumissionnaires habilités à conclure des contrats avec le gouvernement et de potentiellement mener à la conclusion de contrats avec le gouvernement dont les prix et les autres modalités ne sont plus aussi concurrentiels. Le risque que les sociétés se trouvent par inadvertance à ne pas respecter la Politique a clairement augmenté en raison de l'adoption de ces dernières modifications.

Veillez prendre connaissance du texte intégral de la [Politique intégrant les modifications d'avril 2016](#).

Personnes-ressources : [John Bodrug](#), [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.