

# Le fractionnement de contrats

*Jonathan Mak*

Votre supérieur vous demande de trouver des entrepreneurs et de les sommer au bureau le plus tôt possible. Il veut que vous trouviez immédiatement un chargé de projet et deux équipes d'analystes la semaine prochaine. Pendant que vous y êtes, pourriez-vous également leur donner la lune?

Vu les besoins, vous savez que le chargé de projet ne coûtera qu'environ 22 000 \$ pendant toute la durée du projet. Mais qu'advient-il des analystes? Cette exigence vient tout gêner. Vous avez la certitude que même la société la moins chère ne pourra pas vous fournir l'équipe d'analystes qu'exige votre supérieur pour moins de 55 000 \$. Vous n'avez pas le choix. Vous ne pouvez pas faire appel à un fournisseur unique. Pour compliquer les choses, vous avez dépassé la limite établie dans l'ALÉNA (76 600 \$ pour les services), ce qui signifie que vous devez présenter un appel d'offres pour les analystes et le chargé de projet ensemble, appel d'offres qui sera publié publiquement pendant au moins 40 jours. Votre supérieur sera sûrement peu impressionné du fait que l'échéancier qu'il a imposé n'est pas réalisable, mais il n'y a rien à faire. Si seulement vous pouviez trouver moyen de séparer ces deux exigences. « Fractionne le tout », certains vous diront...

Faites mention de « fractionnement de contrats » au cours d'une promenade dans les corridors de l'édifice de TPSGC à Gatineau et vous aurez probablement droit à plusieurs regards inquiets de gens que vous croisez. Tout le monde se fait dire que le fractionnement de contrat est un faux-pas terrible, à éviter comme la peste.

Demandez toutefois à cinq personnes de cinq groupes chargés de la passation

des marchés à la fonction publique fédérale (ou à l'intérieur du même groupe) ce que signifie « fractionnement de contrat » et vous obtiendrez probablement cinq réponses bien différentes. Insistez et posez la question suivante : « qu'est-ce que je pourrais faire donc pour m'assurer de ne pas fractionner mes exigences de contrat? ». Vous verrez que certains auront beaucoup de peine à vous donner une réponse complète.

À l'instar du terme détesté « plagiat » dans le monde universitaire, l'expression « fractionnement de contrat » dans le milieu de l'approvisionnement dans le secteur public fédéral est certes un sujet de grande préoccupation. Il ne semble pas y avoir un consensus universel, ni d'interprétation uniforme de ce qui constitue ou non le fractionnement d'un contrat. Néanmoins, le risque de fractionnement de contrat est un sujet qu'on mentionne de plus en plus comme une activité à éviter.

Selon la Politique sur les marchés du Conseil du Trésor, le fractionnement de contrats se définit comme suit : « le fait de diviser inutilement un besoin global en plusieurs marchés plus modestes, contournant ainsi les limites de durée des engagements ou la nécessité de faire approuver le marché. »<sup>1</sup> Le Comité permanent de la Chambre des communes sur les comptes publics a ajouté son interprétation, selon laquelle le fractionnement de contrats « ...a pour effet de réduire les contrôles et de palier à la nécessité d'un appel d'offres. »<sup>2</sup>

Même si ce n'est pas explicitement indiqué, les « limites de durée des engagements » et la « nécessité d'un appel d'offres » mentionnées ci-dessus ren-

voient aux exigences du *Règlement sur les marchés de l'État* et des accords commerciaux touchant les achats du secteur public. Il s'agit de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), l'ALÉNA, l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (OMC-AMP), l'Accord de libre-échange Canada-Chili (ALÉCC) et l'Accord de libre-échange Canada-Pérou (ALÉCP).

Chacun de ces accords commerciaux compte ses propres limites financières au-delà desquelles le gouvernement doit, si la valeur du contrat dépasse ce chiffre établi, présenter une demande de soumissions qui sera en vigueur pendant un nombre de jours établi d'avance. La limite imposée dans l'ALÉNA de 76 600 \$ a tendance à frustrer bien souvent les agents responsables des marchés et les gestionnaires de programme parce qu'au-dessus de ce montant, il faut afficher votre exigence pendant 40 jours civils<sup>3</sup> sur le Service électronique d'appels d'offres du gouvernement (SEAOG, communément appelé MERX<sup>mc</sup>).

Une des autres limites courantes qui est source de frustration à l'occasion est la limite des 25 000 \$ imposée par le *Règlement sur les marchés de l'État*.<sup>4</sup> Il s'agit du montant maximal d'un contrat qu'on peut accorder à un seul fournisseur. Ajoutez à tout cela des autorités internes pour les divers ministères et organismes, à différents niveaux de gestion (certains gestionnaires, agents de marché et de programme sont capables d'autoriser des achats allant jusqu'à une certaine valeur), des règles concernant les mécanismes à préconiser selon la situation, selon les montants en cause et selon les accords commerciaux en vigueur, de même que la pression qu'on exerce pour que tout soit fait immédiatement, comme le vit

notre copain du début, et la tentation d'arrondir les coins en fractionnant son exigence pour tout accomplir plus rapidement viendra vite se manifester.

Ajoutez encore à cela le début de la Politique concernant les marchés du Conseil du Trésor, selon laquelle (entre autres) « Les marchés publics doivent être organisés de façon prudente et intégrée, et ils doivent : ... donner la primauté aux éléments fondamentaux du mécanisme d'acquisition »<sup>5</sup>. Le Conseil du Trésor a choisi des termes très chargés de sens. Les exigences fonctionnelles ont préséance.

Bon, qu'est-ce que ça nous révèle au sujet de notre copain du début du texte? Peut-il justifier le fractionnement de ses marchés d'une manière quelconque à cause d'une véritable exigence fonctionnelle, soit le délai, du moment où tout est fait?

### Catégories de fractionnement

Je ferais valoir qu'il existe environ quatre (4) catégories dans lesquelles on peut caser les types de fractionnement de contrats. La première est une véritable exigence fonctionnelle selon laquelle il faut séparer les tâches. Ce faisant, vous vous trouvez sous les limites imposées. Une telle exigence fait habituellement l'objet d'une planification.

Par exemple, je dois créer un marché pour obtenir un nombre important de gens spécialistes de la TI de toutes les compétences et de niveaux différents (notamment des gestionnaires de programme, des analystes d'affaires, des analystes de systèmes et des concepteurs Web). Je pourrais certes présenter une énorme demande de soumissions afin de trouver un fournisseur qui fournirait tous les types de personnes qu'il me faut au cours des cinq (5) prochaines années, parce que je sais fort bien qu'il existe une ou deux entreprises qui pourraient répondre à cette demande. Cependant, si on divise ce marché en des ensembles logiques de trois (par exemple, les gestionnaires de programme, les analystes d'affaires et fonctionnels et les programmeurs/développeurs), je peux donc inciter la concurrence, favoriser l'innovation en matière de méthodologies et de prestation de services et réaliser des économies potentielles.

Ou même si je pouvais, à la limite, recourir à un seul fournisseur qui offrirait tous les services de TI, les services de TI qu'il me faut ne sont tout simplement pas vendus de cette façon. Je n'ai donc pas le choix de présenter les trois (3) demandes de soumissions séparées.

On pourrait appeler cette tactique « dégroupement des tâches d'un contrat », car l'exigence pourrait être regroupée, mais cette démarche ne serait pas forcément judicieuse sur le plan fonctionnel ou financier. Il se peut également que le marché ne soit pas en mesure de répondre à cette exigence si ces tâches sont regroupées.

La deuxième catégorie est un symptôme d'une piètre planification de contrats. Je sais qu'il me faut quelques programmeurs pour mener un projet à bien. Selon mes calculs, le projet s'élèvera au total à environ 50 000 \$. Je prépare un contrat pour obtenir ces programmeurs selon l'ACI<sup>6</sup>. Pendant ce temps, je découvre qu'il me faut aussi, en fait, des analystes d'affaires et un gestionnaire de programme, personnes qui devront toutes collaborer avec les programmeurs dans le cadre du projet en relevant de la même autorité de projet; par conséquent, le tout ne fera probablement partie que d'une seule exigence. Ces exigences ont pour effet de me faire dépasser les limites dans l'ALÉNA pour les trois (3) groupes de personnes. Si j'avais su dès le début.

La troisième catégorie est un symptôme d'une absence totale de planification des contrats. Imaginez un groupe chargé des marchés dans un grand ministère. La paperasse est écrasante et les demandes pour toutes sortes de services et de biens sont nombreuses. Le fardeau ne cesse de s'alourdir à mesure que passent les jours, malgré les heures supplémentaires du personnel à tous les jours pratiquement. Pour faciliter le tout, les gestionnaires de programme peuvent obtenir un soutien précieux de leur groupe chargé des marchés si ces derniers les font participer le plus tôt possible à leur processus.

Si on avait eu un délai suffisant pour faire de la planification, on aurait pu établir quelles exigences vont logiquement ensemble, pour des raisons pratiques aussi. Mais pour accomplir la mission, ils

traitent les exigences à mesures qu'elles arrivent. Le plus clair du temps, les contrats ne sont probablement pas fractionnés, mais parce que les délais sont insuffisants et parce qu'il n'y a probablement pas suffisamment de gens pour s'occuper de la charge de travail, une exigence à l'occasion peut faire l'objet d'un fractionnement par inadvertance.

La quatrième catégorie, à l'autre bout de l'échelle, est celle qui finit dans les journaux et pour laquelle on lance des enquêtes. C'est celle où l'employé sans scrupules coupe des exigences ça et là afin de donner les contrats à ses amis, tout en recevant quelques dollars dans des enveloppes non marquées, dans un coin reculé d'un café ou d'un bistro, dans une partie louche de la ville. Lorsqu'on découvre de tels contrats, bien qu'ils soient rares, ceux-ci ont tendance, à tout le moins, à laisser une marque indélébile sur les autorités de chacun.

En ce qui concerne l'ensemble de ces catégories, nous pouvons constater qu'une bonne planification des marchés d'approvisionnement est une condition essentielle (si non *la* condition essentielle) à la lutte contre le fractionnement de contrats, qu'il soit accidentel ou délibéré.<sup>7</sup>

### Le regroupement

Lorsqu'il est question de planifier vos contrats d'approvisionnement, de nombreuses options s'offrent à vous. Une en particulier porte à confusion dans l'optique du fractionnement de contrats : le regroupement.

Le regroupement se dit de la pratique de regrouper des exigences à facettes multiples en un ou plusieurs ensembles de tâches en fonction d'une analyse de la valeur en dollars, de la durée du contrat, des capacités des fournisseurs, des facteurs liés à la gestion des risques et des éléments de l'administration de contrats associés aux composants du travail à accomplir. Vous pourriez regrouper vos exigences si cette situation est préférable du point de vue fonctionnel ou financier ou pour obtenir une plus grande valeur. Il peut également vous faire gagner du temps, suivant la situation et comment vous pouvez vous y prendre pour faire votre demande de propositions.

Cependant, le principe de base du regroupement consiste à regrouper ce qui aurait été autrement des exigences multiples séparées. Par exemple, je pourrais regrouper en une seule offre l'exigence des analystes d'affaires et des programmeurs, parce que je sais que de nombreuses entreprises peuvent offrir ces deux types de ressources. Ma division de la TI serait plus facilement en mesure d'obtenir les services des personnes qu'il lui faut, et ce, dans un court délai. Vu que les analystes d'affaires et les programmeurs seraient toutefois chargés de projets différents, à une époque différente et sous une autorité de projet différente, ils ne seraient probablement pas compris sous une seule exigence continue.

D'autre part, on pourrait être convaincu de pouvoir obtenir une plus grande valeur, une plus grande capacité de la part du fournisseur, un niveau de risque moins élevé et une administration de contrat plus efficace en séparant les exigences complexes ou à facettes multiples en de multiples ensembles de travail ayant des mécanismes contractuels séparés. Dans l'optique de nos catégories de fractionnement de contrats ci-dessus, il s'agirait là du premier exemple de « dégroupement de contrat ».

Vous éprouverez des problèmes toutefois si vous décidez pour une raison quelconque avant qu'un appel d'offres ne soit publié qu'une exigence regroupée n'est plus la solution optimale. Cela pourrait se produire si la capacité dans le marché venait à changer (ou si vous prenez connaissance d'une capacité qui vous était inconnue auparavant), vos besoins fonctionnels changeaient ou si bien d'autres facteurs entraînent en ligne de compte. Est-ce qu'un dégroupement pour créer deux demandes de soumissions ou plus équivaut à du fractionnement de contrat maintenant? Peut-on déclarer qu'en ayant regroupé un ensemble d'exigences en une seule demande de propositions, on a créé une seule nouvelle exigence continue?

Il existe un autre volet plus intéressant, mais aussi quelque peu sinistre de cette notion et du fruit du fractionnement d'un contrat. C'est cette lourde main qui se trouve tout juste au-dessus des politiques : la législation.

### Le volet juridique dans ce dossier

Une pareille discussion doit, de toute évidence, porter avant tout sur les accords commerciaux : l'article 1002 (4) de l'ALÉNA, l'article II (3) de l'OMC-AMP et l'article 505(3) de l'ACI indiquent tous, d'une manière ou d'une autre, qu'on ne doit pas fractionner des marchés afin d'éviter l'application de ces accords.

Parce que ces clauses font partie des accords, le fractionnement de contrats peut faire l'objet d'une audience devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE). Si un dossier est porté à l'attention du TCCE et que celui-ci conclut qu'un contrat a bel et bien été fractionné afin d'éviter d'appliquer un accord quelconque, le fournisseur concerné pourrait alors recevoir des dommages-intérêts pour profits manqués.<sup>8</sup>

Outre les accords commerciaux, un certain nombre de lois importantes régissent la passation des marchés publics au Canada. La plus marquante est la *Loi sur la gestion des finances publiques (LGFP)*. C'est dans cette loi, entre autres, qu'on établit les pouvoirs de signature des gestionnaires.

Là où ça devient intéressant en ce qui concerne la notion de fractionnement de contrats, c'est au paragraphe 80 (1). On y énumère quelques conditions. Le percepteur, gestionnaire ou ordonnateur de fonds publics qui répond à ces conditions est passible d'une peine.

Bien entendu, votre première réaction si vous décidiez de lire l'article serait la suivante : « mais cette clause concerne la fraude ». Examinons toutefois la partie (d), qui se lit comme suit :

*Un agent qui « dans les cas où il lui appartient, au titre de ses fonctions, de porter des inscriptions dans un livre ou d'établir des certificats ou des rapports, volontairement porte ou signe une fausse inscription ou établit ou signe un faux certificat ou rapport »<sup>9</sup> commet un acte criminel.*

Bien que je ne sois pas avocat, je pourrais conclure qu'on renvoie aux pouvoirs de signature accordés aux agents chargés des marchés. Donc, si vous savez qu'il vous a été accordé des pouvoirs de signature de contrats d'une valeur allant jusqu'à 10 000 \$ et que votre exigence

totale s'élève à 12 000 \$, mais que vous la fractionnez en deux (2) contrats de 6 000 \$ chacun pour que le travail se fasse sans obtenir une autorisation d'un supérieur, vous pourriez faire entorse au paragraphe 80 (1) de la *LGFP*?

Si l'on ajoute à tout cela, la partie e) selon laquelle toute personne « ayant connaissance soit d'une violation de la présente loi ou de ses règlements ou d'une loi fiscale quelconque..., dans le cadre de la présente loi ou de ses règlements ou d'une loi fiscale fédérale, ne la signale pas par écrit à un supérieur » est également passible d'une peine.

Faut-il l'appliquer à la lettre? Si l'agent du bureau voisin fractionne un contrat comme on le décrit ci-dessus et que vous en prenez connaissance, seriez-vous alors *les deux* accusés de violation au paragraphe 80 (1)?

Ceci dit, si nous revenons au cas de notre copain du début, nous pouvons nous demander s'il a une véritable raison d'ordre fonctionnel de fractionner son contrat. En a-t-il une? Pourquoi? N'en a-t-il pas? Et pourquoi pas?

Le fractionnement de contrats est un sujet qui soulève de nombreuses questions et qui génère beaucoup d'information, mais très peu de réponses. Le TCCE et les tribunaux prennent continuellement des décisions qui influent sur la façon dont ce sujet est perçu. Le vérificateur général recherche toujours les contrats fractionnés (heureusement, il en trouve rarement). On examine et modifie régulièrement les politiques, les règlements et les lignes directrices pour que les lois soient bien comprises et suivies.

Je n'ai qu'un conseil à offrir aux agents de programme ou de marchés d'approvisionnement qui se demande si un contrat se fait fractionner ou non : en cas de doute, demandez à quelques personnes et assurez-vous qu'au moins une des personnes consultées est un avocat!

### Références

1. Politique sur les marchés, annexe A. 1ier septembre 2008. Secrétariat du Conseil du Trésor. <http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/docfra.aspx?id=14494&section=text>.
2. Comité permanent de la Chambre des communes sur les comptes publics, CPCP (37-2). « Observations et recommandations. » Chambre des communes. <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1032191&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F>

3. Le OMC-AMP compte également une période d'affichage de 40 jours civils (voir l'article XI 2(a)), mais la valeur des services est de 221 300 \$. On peut consulter les limites pour chacun des accords commerciaux décrits ci-dessus à l'adresse suivante : [http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs\\_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2009/12-31-fra.asp](http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2009/12-31-fra.asp).
4. « Règlement sur les marchés de l'État. » *Loi sur la gestion des finances publiques*. Article 6.b.i. <http://laws.justice.gc.ca/fra/DORS-87-402/page-1.html>. On indique dans la Politique sur les marchés, appendice C, annexe 3 <http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=14494&section=text#appC> que la plupart des ministères jouissent d'un niveau d'entrée non concurrentiel de 100 000 \$ avant d'avoir à aller en appel d'offres. Mais pour exercer ce pouvoir, l'exigence en cause doit répondre à l'une des exceptions décrites à l'article 6 du *Règlement sur les marchés de l'État* et ne doit pas être visée par

aucune des clauses des accords commerciaux. De plus, en pratique, la délégation de 100 000 \$ est bien souvent laissée à un niveau supérieur.

5. Politique sur les marchés, Section 2. Iier septembre 2008. Secrétariat du Conseil du Trésor.
6. Article 506(5) de l'ACI : « Chaque Partie accorde aux fournisseurs un délai suffisant pour présenter une soumission... » En pratique, cela équivalait à 15 jours.

7. Voir Andrea Deme. *Une once de prévention : préparation à la pandémie* Journal IGF. Printemps/été 2007. 18:3, 34-35, sur la planification des marchés d'approvisionnement.
8. Worthington, Robert. *The Public Purchasing Law Handbook*. Toronto : LexisNexis Canada Inc. 2004, p. 169.
9. Gouvernement du Canada. *Loi sur la gestion des finances publiques*, alinéa 80.(1)(d).

### Au sujet de l'auteur

Jonathan Mak est un analyste en recherche travaillant pour RFP SOLUTIONS ([www.rfpsolutions.ca](http://www.rfpsolutions.ca)), une firme basée à Ottawa qui oeuvre exclusivement pour des agences du gouvernement pour les aider à développer de complexes et/ou urgentes demandes de proposition (DP). Jon soutient le développement de stratégies d'acquisition et la rédaction des documents de DP – incluant les énoncés de travaux et les critères d'évaluation. On peut le rejoindre au 613-271-6476 poste 223 ou par courriel à : [jon.mak@rfpsolutions.ca](mailto:jon.mak@rfpsolutions.ca)



La mission du journal de l'igf \* fmi consiste à être le principal journal « excellence dans la gestion financière du secteur public ». Pour ce faire, le journal de l'igf\* fmi est toujours à la recherche d'articles originaux dont le sujet permet aux lecteurs d'élaborer des stratégies globales

efficaces. Les articles peuvent porter sur l'aspect pratique des théories d'affaires et sur les effets qu'ont des situations de travail réelles. Des études de cas et des pratiques exemplaires peuvent être soumises, ainsi que des constatations d'enquêtes et d'analyses. Les articles peuvent viser un seul secteur, mais les conclusions devraient être applicables dans une gamme d'organisations du secteur public, puisque les lecteurs du journal de l'igf \* fmi ont des intérêts très variés. Les comptes-rendus de livres et d'autres ressources d'information sont également admis après en avoir discuté avec l'éditeur. Sont également acceptées les courtes expressions d'opinion sur des sujets d'actualité ou controversés.

Veuillez soumettre vos articles à :  
[rocky.dwyer@forces.gc.ca](mailto:rocky.dwyer@forces.gc.ca)

Pour lignes directrices à l'intention des auteurs, visitez le Site web de l'igf \* fmi @ [www.fmi.ca/pages/fmi\\_journal\\_cat/fr\\_Author\\_Guidelines.shtml](http://www.fmi.ca/pages/fmi_journal_cat/fr_Author_Guidelines.shtml)