2014-09-11

Détermination de la notion de sous-contrat

Loi : Loi sur les contrats des organismes publics (chapitre C-65.1) articles 1, 21.17 et 21.18

Le présent bulletin donne l'interprétation du Secrétariat du Conseil du trésor concernant la notion de sous-contrat présente dans certaines dispositions de la Loi sur les contrats des organismes publics (chapitre C-65.1).

En vertu de l'article 21.17 de la Loi sur les contrats des organismes publics, une entreprise doit préalablement obtenir une autorisation de l'Autorité des marchés financiers (AMF) afin de pouvoir conclure, avec un organisme public, un contrat de services ou un contrat de travaux de construction comportant une dépense égale ou supérieure au montant déterminé par le gouvernement (ci-après « le contrat initial »). Une entreprise doit également obtenir une autorisation de l'AMF avant de conclure un sous-contrat comportant une dépense égale ou supérieure à ce montant et qui est rattaché directement ou indirectement au contrat initial.

Depuis le 6 décembre 2013, le montant déterminé par le gouvernement est de 10 M$ pour les contrats et les sous-contrats de services et de travaux de construction. Pour en savoir plus sur le décret qui a fixé cette limite et sur les décrets ultérieurs qui abaisseront ce montant, vous pouvez consulter le site Web de l'Autorité des marchés financiers à l'adresse suivante : http://www.lautorite.qc.ca/fr/contrats-publics.html .

Sommes-nous en présence ou non d'un sous-contrat?

Pour qu'il y ait sous-contrat, il doit d'abord y avoir un contrat initial de la même nature que celle du sous-contrat. Par exemple, un sous-contrat de services découle nécessairement du contrat de services initial conclu antérieurement.

Notion de sous-contrat rattaché directement au contrat initial

Un sous-contrat au sens de la Loi sur les contrats des organismes publics vise un contrat conclu entre un entrepreneur ou un prestataire de services, partie à un contrat initial, et une entreprise qui s'engage à exécuter, en tout ou en partie, le contrat initial. Il s'agit dans ce cas d'un sous-contrat rattaché directement au contrat initial.

Cette notion de sous-contrat rattaché directement au contrat initial vise donc les sous-contrats de premier niveau.

Notion de sous-contrat rattaché indirectement au contrat initial

Un sous-contrat au sens de cette loi vise également un contrat conclu entre deux entreprises, dont l'objet consiste à exécuter, en tout ou en partie, un autre sous-contrat rattaché directement ou non au contrat initial. Il s'agit dans ces cas de sous-contrats rattachés indirectement au contrat initial.

Cette notion de sous-contrat rattaché indirectement au contrat initial vise donc tous les niveaux de sous-contrat autres que ceux du premier niveau.

Un sous-contractant doit-il demander une autorisation de l'AMF?

Une entreprise doit obtenir une autorisation de l'AMF lorsque le contrat qu'elle souhaite conclure avec une autre entreprise est en fait un sous-contrat, c'est-à-dire lorsqu'il vise à exécuter en tout ou en partie, de façon directe ou indirecte, un contrat initial conclu entre un organisme public et une autre entreprise.

Exemple d'une entreprise qui exécute un contrat qui est un sous-contrat

Une entreprise conclut avec un organisme public un contrat relatif aux travaux de construction d'un immeuble fonctionnel, c'est-à-dire avec chauffage, électricité, etc., comportant une dépense de 30 M$.

Cette première entreprise conclut ensuite un contrat avec une deuxième entreprise, comportant une dépense de 11 M$ et dont l'objet est l'électrification de l'immeuble. **La deuxième entreprise doit obtenir une autorisation de l'AMF avant de conclure le contrat avec la première entreprise**, puisque ce contrat vise à exécuter en partie le contrat de travaux de construction initial conclu entre la première entreprise et l'organisme public et que le montant de sa dépense est supérieur au seuil déterminé par le gouvernement, qui est de 10 M$ en vertu du décret du 6 décembre 2013.

De même, si la deuxième entreprise conclut un contrat avec une troisième entreprise pour que cette dernière exécute une partie de l'électrification qui nécessite une spécialité particulière, cette troisième entreprise devra aussi obtenir au préalable une autorisation de l'AMF si le montant de la dépense de ce sous-contrat est égal ou supérieur au seuil déterminé par le gouvernement. L'autorisation est requise, car les sous-contrats sont de même nature que celle du contrat initial.

Exemple d'une entreprise qui exécute un contrat qui n'est pas un sous-contrat

La première entreprise indiquée dans l'exemple relaté ci-dessus conclut un contrat avec une deuxième entreprise, dont l'objet est l'achat de bois de construction. Ce contrat ne constitue pas un sous-contrat rattaché au contrat de travaux de construction d'un immeuble conclu entre la première entreprise et l'organisme public, puisque la deuxième entreprise n'exécute pas en tout ou en partie ce contrat de travaux de construction. Par conséquent, **la deuxième entreprise n'a pas à obtenir une autorisation de l'AMF, et ce, peu importe la valeur du contrat.**

En fait, la deuxième entreprise doit simplement fournir du bois de construction à la première entreprise, et le contrat conclu entre ces deux entreprises n'est rien de plus qu'un contrat de vente. Ce contrat de vente conclu entre les deux entreprises étant d'une **nature différente** de celle du contrat de travaux de construction conclu entre la première entreprise et l'organisme public, il ne peut donc pas être un sous-contrat de ce contrat de travaux de construction initial.

En cas de doute sur la nature véritable d'un contrat, rappelons que le Code civil du Québec (RLRQ) prévoit au troisième alinéa de l'article 2103 : « qu'il y a contrat de vente, et non contrat d'entreprise ou de service, lorsque l'ouvrage ou le service n'est qu'un accessoire par

rapport à la valeur des biens fournis ». En d'autres termes, lorsque le travail n'est qu'un accessoire par rapport à la valeur des matériaux, il s'agira d'un contrat de vente et non d'un contrat d'entreprise ou de services. La question de savoir si, dans un cas particulier, le travail n'est qu'un accessoire par rapport à la valeur des matériaux est une question de fait qui doit être appréciée au cas par cas.

Par exemple, une première entreprise conclut un contrat avec une deuxième entreprise qui doit lui fournir certains équipements nécessaires à la construction d'un immeuble et procéder à l'installation de ces équipements. Si le coût de l'installation n'est qu'accessoire par rapport au coût de l'équipement, le contrat entre ces deux entreprises sera donc, en application de la règle énoncée à l'article 2103 du Code civil du Québec, un contrat de vente plutôt qu'un contrat d'entreprise. Étant partie à un contrat d'une nature différente de celle du contrat initial, la deuxième entreprise n'aura donc pas à demander une autorisation à l'AMF. En effet, cette deuxième entreprise ne vise pas à exécuter en tout ou en partie le contrat initial conclu entre la première entreprise et l'organisme public. Bien sûr, les équipements fournis et installés permettront à la première entreprise de construire l'immeuble, mais il ne s'agit pas d'un sous-contrat et l'autorisation de l'AMF n'est pas nécessaire.

Il est de la responsabilité de l'organisme public de qualifier la nature du contrat qu'il souhaite conclure avec une entreprise et il est de la responsabilité de cette entreprise de qualifier la nature du contrat qu'elle souhaite conclure avec une autre entreprise. Cette qualification des contrats est essentielle, puisqu'elle permettra de savoir si un contrat conclu entre deux entreprises constitue l'exécution totale ou partielle d'un contrat initial conclu entre une de ces entreprises et un organisme public et, du même coup, si une entreprise, suivant la valeur du contrat, doit obtenir une autorisation de l'AMF.

Selon l'article 27.8 de la Loi sur les contrats des organismes publics, les entreprises qui, dans le cadre de l'exécution d'un contrat initial visé à l'article 21.17 de cette loi, concluent un sous-contrat sans que l'entreprise sous-contractante soit autorisée par l'AMF alors qu'elle devait l'être commettent une infraction.