



par
Stephen G. Revay

*Nos lecteurs nous suggèrent souvent des thèmes pour le **Bulletin Revay**, et nous tentons de répondre à leurs*

attentes dans toute la mesure du possible. Le présent numéro ne fait pas exception à cette règle.

*Le dernier numéro du **Bulletin Revay** incluait un questionnaire sur les incidences de la décision rendue en 1981 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire **Ron Engineering**. Vous trouverez aux pages 3 et 4 une analyse des réponses reçues.*

Il ressort de ces réponses que de nombreux praticiens de l'industrie connaissent peu les répercussions de cette décision ou la considèrent comme un simple inconvénient dont ils ne saisissent pas l'importance dans le mécanisme d'appel d'offres. Le présent numéro tente d'apporter quelques précisions sur la question.

Mais se pourrait-il que les soumissions publiques telles que nous les connaissons aujourd'hui soient en voie de disparition comme l'évoque Paul Sandori dans son article ?

Plus tôt cette année, Washington a accueilli un colloque international d'une semaine sur l'avenir de l'industrie de la construction et la recherche de solutions pour un développement durable.

*Plusieurs recommandations ont été publiées à l'issue de cet événement, dont le rapport **Developing Risk Guidelines for the Construction Industry Stakeholders**, qui préconise une plus grande équité dans l'acquisition des services au sein de l'industrie ainsi qu'une atténuation des rapports conflictuels entre les parties. Peut-être le juge Estey avait-il les mêmes objectifs en tête lorsqu'il a rendu sa décision dans l'affaire **Ron Engineering**.*

L'AFFAIRE RON ENGINEERING: UNE DÉCISION VIEILLE DE 15 ANS ET POURTANT...

Cette année, les avocats spécialisés dans le secteur de la construction célèbrent (ou devraient célébrer) le 15^e anniversaire de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. c. Sa Majesté la Reine*. D'un trait de plume, le juge Estey a alors complètement chamboulé les règles applicables aux appels d'offres et aux demandes de soumissions, forçant du même coup beaucoup d'avocats et de tribunaux à trimer dur pour tenter de dénouer l'écheveau juridique qui en découla.

Entre autres choses, la décision du juge Estey a donné naissance à des dizaines de milliers de contrats relatifs à des appels d'offres dont même les parties n'en soupçonnaient pas l'existence. Les sociétés de garantie chargées de cautionner les soumissions des entrepreneurs ont alors découvert que, du jour au lendemain, ces derniers ne pouvaient plus retirer une soumission erronée.

Votre avocat vous expliquera en détail les motifs de la décision du juge Estey. Il importe de bien les comprendre car les conflits perdurent et certains des principaux problèmes demeurent entiers. Voici donc un résumé des points essentiels de ce dossier ainsi qu'un examen des incidences de cette décision sur l'industrie du bâtiment.

Contrats A et B. L'entrepreneur général, *Ron Engineering* avait présenté une soumission à laquelle était joint un chèque visé de 150 000 \$ à titre de dépôt. Après l'ouverture des soumissions, on a constaté que sa soumission comportait une erreur de calcul. L'entrepreneur a alors tenté de retirer sa soumission sans être pénalisé. Mais la propriétaire a conservé son dépôt de 150 000 \$. Le conflit ainsi déclenché a suivi la filière juridique jusque devant la Cour suprême du Canada, qui a tranché en faveur de la propriétaire.

Tout contrat repose sur une offre et sur l'acceptation de ladite offre. Tradition-

nellement, lorsqu'une propriétaire lançait un appel d'offres, on considérait qu'elle invitait les entrepreneurs à soumissionner, c'est-à-dire à lui présenter des offres. Et les soumissions étaient effectivement perçues comme des offres. C'est en acceptant une offre que la propriétaire donnait naissance à un contrat exécutoire.

Tous les dictionnaires définissent encore le mot «soumission» comme synonyme d'«offre» mais, depuis 1981, il signifie plutôt «acceptation» dans l'industrie canadienne de la cons-

« Lorsque moi j'emploie un mot, répliqua Heumpty Deumpty d'un ton de voix quelque peu dédaigneux, il signifie exactement ce qu'il me plaît qu'il signifie... ni plus, ni moins. »

Lewis Carroll, *De l'autre côté du miroir*, traduit de l'anglais par Henri Parisot.

truction parce que le juge Estey l'a interprété ainsi dans l'affaire *Ron Engineering*. Depuis lors, tout appel d'offres lancé par une propriétaire a valeur d'**offre**.

On considère que toute personne qui présente une soumission accepte cette offre. Dès lors et sans autre formalité, la propriétaire et les soumissionnaires sont liés par un **contrat A**.

Les conditions du contrat A sont énoncées dans les documents d'appel d'offres de sorte que ce dernier doit être élaboré en tenant compte des obligations qui s'y rattachent.

La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre et la condition qui en découle est l'obligation pour les parties de conclure un contrat d'entreprise, le **contrat B** dès l'acceptation de la soumission.

Les soumissions présentées par des sous-traitants à des entrepreneurs généraux sont régies par les mêmes règles. Ainsi, un entrepreneur général

qui sollicite des prix pour l'exécution de travaux de second oeuvre est réputé faire une offre. Le sous-traitant qui présente une soumission est pour sa part réputé accepter l'offre de l'entrepreneur général, avec lequel il est alors lié par un contrat A (sous réserve que la propriétaire accepte d'abord la soumission de l'entrepreneur général).

Nouveau cadre légal. Voilà comment, en 1981, pour ainsi dire du jour au lendemain, on a imposé de nouvelles règles du jeu à une immense et complexe industrie ainsi qu'à ses milliers d'intervenants. Certains se sont alors trouvés aux prises avec des contrats totalement différents de ceux dont ils avaient l'habitude, comportant des obligations généralement inconnues même des avocats.

Le secteur de la construction — entre autres — a dépensé des millions de dollars et beaucoup de temps en vue de faire préciser les nouvelles modalités devant les tribunaux. Des centaines d'entreprises confrontées à des problèmes d'appels d'offres ont dû faire appel aux tribunaux pour qu'ils examinent la décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering* et en clarifient la portée; elles aussi ont dû encourir d'importants déboursés.

Pourtant, même après 15 ans, beaucoup d'ambiguïtés semblent inhérentes à ce concept du contrat A / contrat B, et certaines questions fondamentales n'ont pas encore reçu de réponses claires et nettes. Par exemple:

- Quelles sont les conséquences d'une soumission erronée?
- Quelles sont les incidences de la clause dite «de privilège»?
- Quelle est la situation des sous-traitants désignés dans la soumission d'un entrepreneur général?

Soumission erronée. Antérieurement, l'entrepreneur pouvait toujours retirer une soumission comportant une erreur tant que la propriétaire ne l'avait pas acceptée car aucun contrat ne liait les parties à ce stade. En cas d'erreur, l'entrepreneur pouvait facilement retirer sa soumission. Ce contexte offrait par ailleurs de belles occasions de «se livrer à des jeux».

La décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering* a peut-être réduit les possibilités de se livrer à de tels jeux (bien que cela soit discutable), mais une erreur peut désormais être fatale à un entrepreneur.

Le contrat A prend naissance automatiquement par la présentation d'une soumission à la propriétaire. Lorsque cette dernière décide de la soumission qu'elle retient, le contrat A est déjà

pleinement en vigueur et le soumissionnaire est lié par son offre initiale (à moins qu'une erreur soit clairement apparente à la lecture de la soumission).

L'entrepreneur soumissionnaire fait donc face au dilemme suivant: s'il exécute le contrat B, il ne peut plus invoquer une erreur dans le contrat A; s'il se trouve par ailleurs en situation de défaut relativement à l'exécution du contrat B, il manque à ses obligations aux termes du contrat A. La situation est donc sans issue. Un entrepreneur ne peut pratiquement plus retirer une soumission erronée.

La propriétaire ne se trouve pas pour autant dans une situation beaucoup plus réjouissante même si elle peut en théorie profiter d'une erreur commise de bonne foi par un soumissionnaire. En effet, la propriétaire ne se trouve pas à l'abri d'une poursuite.

Il est fort probable que l'auteur d'une soumission erronée tente une poursuite contre une propriétaire qui ne lui permettrait pas de rectifier son offre. Et si elle y consentait, il y a toute chance que l'auteur de la plus basse soumission suivante porte la cause devant les tribunaux.

La propriétaire qui accorderait un marché à l'auteur de la plus basse soumission suivante et qui enjoindrait le premier soumissionnaire à lui verser la différence entre les deux offres s'engagerait assurément dans une bataille juridique.

En fait, les propriétaires sont généralement disposées à donner sa chance à un entrepreneur qui a présenté une soumission erronée. Personne ne tirerait avantage à réduire un entrepreneur à la faillite ou à une situation analogue pendant l'exécution des travaux.

Dans le secteur public, les propriétaires ont une autre ligne de conduite. Ils se sentent tenus de respecter à tout prix l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres et se retrouvent en conséquence plus souvent devant les tribunaux. Certains entrepreneurs estiment que, coïncé par des budgets toujours plus austères, les propriétaires du secteur public accepteraient volontiers une basse soumission erronée, même pour des motifs moins nobles.

Clause de privilège. Cette clause, qui figure invariablement dans les documents d'appels d'offres, prévoit essentiellement que la propriétaire pourra accepter n'importe quelle soumission sans qu'elle soit nécessairement la plus basse.

Dans certaines provinces, notamment la Colombie-Britannique et la Saskatchewan, les tribunaux ont établi que, sans égard au libellé de cette

clause, le contrat A comporte une condition implicite selon laquelle les parties devraient se conformer à «la coutume et l'usage» de l'industrie, soit l'attribution du marché au plus bas soumissionnaire qualifié.

Ailleurs, comme en Ontario et en Alberta, les tribunaux soutiennent fermement qu'aucun usage propre à l'industrie ni aucune condition implicite ne peut modifier le libellé explicite de la clause de privilège.

La portée réelle de la clause de privilège dépend donc largement de la juridiction dans laquelle on s'adresse aux tribunaux.

Sous-traitants désignés. L'entrepreneur général est généralement tenu d'identifier ses sous-traitants dans les soumissions qu'il transmet à une propriétaire. Or l'entrepreneur soumissionnaire qui désigne un sous-traitant a-t-il effectivement accepté les conditions de ce dernier? Qu'en est-il de l'entrepreneur général qui se limite à inclure le prix des services du sous-traitant sans pour autant l'identifier?

Cela dépend encore une fois de la juridiction dans laquelle on se trouve. Les tribunaux de Colombie-Britannique soutiennent que l'entrepreneur est tenu de passer un contrat B avec un sous-traitant dont il a intégré la soumission à la sienne. Pourquoi l'entrepreneur aurait-il la liberté de retenir les services d'un concurrent du sous-traitant désigné alors que ce dernier demeurerait lié par le contrat A?

Le facteur critique est en fait l'inclusion du prix du sous-traitant dans la soumission de l'entrepreneur. La désignation du sous-traitant est considérée comme une simple reconnaissance d'un acte préexistant, soit l'acceptation préalable de l'offre du sous-traitant.

D'autre part, certaines causes entendues dans d'autres provinces, essentiellement en Ontario et en Alberta, laissent croire que l'entrepreneur général n'est pas lié à un sous-traitant tant qu'il n'a pas informé ce dernier qu'il accepte sa soumission, soit généralement après que sa propre soumission ait été retenue par la propriétaire. Les tribunaux de ces provinces ont estimé que ni la désignation ni l'inclusion de la soumission d'un sous-traitant dans celle de l'entrepreneur général n'obligeait ce dernier à attribuer un contrat de sous-traitance au sous-traitant désigné.

Il semble que, dans les provinces où les tribunaux ont adopté cette approche, la pratique de changer de sous-traitants soit de plus en plus fréquente. Certains observateurs imputent cette situation à un effritement de la tradition et de l'éthique

au sein de l'industrie que les décisions des tribunaux se trouvent à encourager.

Incertitude. Ces quelques points et plusieurs autres ambiguïtés ne semblent pas sur le point d'être clarifiés. En effet, qui donc dispose d'assez de temps et d'argent pour soumettre ces questions à la Cour suprême du Canada? Dans l'intervalle, les juges continueront de citer l'affaire *Ron Engineering* et de rendre des décisions divergentes.

Par ailleurs, de nombreux tribunaux semblent ignorer tout simplement la décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering*.

En Ontario*, un tribunal a récemment estimé que le contrat A ne prenait effet qu'après l'acceptation par la propriétaire de la soumission de l'entrepreneur. «*Le simple fait de soumissionner ne peut donner naissance à un tel contrat; s'il en était ainsi, toutes les soumissions présentées par suite d'un appel d'offres donneraient lieu à d'absurdes revendications de droits contractuels*», a fait observer le juge.

Pourtant, la décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering* repose sur le principe de l'existence d'un contrat A entre la propriétaire et chacun des soumissionnaires avant l'acceptation d'une quelconque offre, ce qui donne lieu à des revendications de droits contractuels, absurdes ou non.

Si vous avez la conviction que le juge fait fausse route, vous pouvez évidemment faire appel de sa décision. Vous pouvez même porter la cause devant la Cour suprême du Canada, si vous en avez les moyens.

Des enseignements pour l'avenir. Il est possible que le mécanisme d'appel d'offres soit sans avenir et qu'il disparaisse d'ici quelques années.

Un entrepreneur a résumé cette pratique en ces termes: «*On se fait avoir d'une façon ou de l'autre: si l'on n'obtient pas un contrat, il faut se retirer des affaires. Si on l'obtient, on ne fait aucun profit et on est contraint à l'abandon*». Dans certaines provinces, en Ontario en particulier, le nombre de faillites chez les entrepreneurs généraux confirme la pertinence de ce commentaire.

L'affaire *Ron Engineering* demeure néanmoins des plus intéressantes car elle recèle de précieux enseignements généraux. Le juge Estey a expliqué que les motifs de sa décision reposaient sur le principe de l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres. En tout cas, sa décision a eu pour conséquence d'en accentuer le caractère procédurier et la rigidité. A-t-elle par

ailleurs rendu le processus plus équitable? Peut-être, mais la fin justifiait-elle les moyens?

L'expérience des 15 dernières années a prouvé qu'une aussi profonde transformation des activités fondamentales de l'industrie devrait se faire à l'initiative de l'industrie elle-même ou encore par voie législative au terme de consultations exhaustives avec l'industrie.

Des changements d'une telle ampleur ne devraient pas être imposés de l'extérieur par des tribunaux peu familiers des rouages de l'industrie, nonobstant les bonnes intentions des juristes. Les changements devraient se faire dans une perspective globale et s'accompagner d'instructions claires à l'intention des intervenants et non être apportés «*pièce à pièce*» sur des décennies. Autrement, les coûts qui en découlent sont tout simplement trop élevés en termes de temps, d'argent et de préjudice pour l'industrie.

QUESTIONNAIRE RAL

Dans le dernier numéro du *Bulletin Revay*, nous vous invitons à répondre aux questions suivantes:

- 1) La décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering* subdivise le mécanisme d'appel d'offres entre contrat A et contrat B. Cette approche bicontractuelle est-elle claire à vos yeux?
- 2) L'approche bicontractuelle a-t-elle permis d'instaurer un mécanisme plus équitable?
- 3) Y a-t-il aujourd'hui moins de marchandage de soumissions qu'avant l'affaire *Ron Engineering*?
- 4) Les propriétaires sont-ils plus en position de force qu'avant l'affaire *Ron Engineering*?
- 5) Les entrepreneurs bénéficient-ils de meilleures conditions qu'avant l'affaire *Ron Engineering*?
- 6) Les sous-traitants bénéficient-ils de meilleures conditions qu'avant l'affaire *Ron Engineering*?

Les réponses proposées étaient «oui», «non» et «un peu». Les répondants étaient également invités à formuler des commentaires. Au total, 112 répondants ont rempli le questionnaire. Chacun n'a cependant pas répondu à l'ensemble des questions.

Notre enquête ne saurait être considérée comme scientifique car notre échantillon était trop restreint. En outre, nous ne savions pas toujours si le répondant était un propriétaire, un entrepreneur ou un sous-traitant. Il n'empêche que les résultats sont

Il y a un autre coût rattaché à l'affaire *Ron Engineering*, et ce dernier pèse lourd sur la profession juridique. De telles décisions renforcent en effet la perception selon laquelle les tribunaux, comme Heumpty Deumpty, peuvent attribuer aux mots le sens qui leur plaît. Voilà une perspective bien peu rassurante lorsque vous êtes partie à un procès, que vous soyez dans la peau de l'avocat ou dans celle du client.

Paul Sandori, vice-président
Toronto

Nota.— Vous pouvez demander un complément d'information sur l'affaire *Ron Engineering* en communiquant avec nos bureaux de Toronto par téléphone au (416) 498-1303 ou par télécopieur au (416) 491-0578 ou encore par courrier électronique (revay@ican.net).

intéressants. Une proportion étonnamment faible (53%) de participants ont répondu «oui» à la première question. Quinze ans après l'instauration du mécanisme d'appels d'offres basé sur la décision du juge Estey, un pourcentage plus élevé était prévisible.

Quelques avocats ont répondu «non» en indiquant qu'ils comprenaient très bien la portée de la décision mais que le raisonnement sur lequel elle est fondée était et demeurerait équivoque.

Quelques personnes qui ont répondu par l'affirmative manifestent peut-être une confiance exagérée. Il ressort de leurs réponses aux autres questions et de leurs commentaires qu'ils ne comprennent pas bien le dossier, et parfois même pas du tout.

Certains estiment par exemple que la décision *Ron Engineering* ne s'applique pas aux sous-traitants. Ces personnes pourraient connaître un réveil brutal un jour ou l'autre.

Il est intéressant de noter que plusieurs répondants qui jugent le système plus équitable qu'auparavant estiment aussi qu'il n'y a pas moins de marchandage qu'avant! Y aurait-il pour eux une forme d'équité dans le marchandage?

Une très grande majorité estime que la décision *Ron Engineering* n'a réduit en rien le marchandage. Certains croient même que le marchandage se pratique plus que jamais à cause de la récession. Bon nombre ont formulé des

*Megatech Ltd. c. Ottawa-Carleton

commentaires qui expriment une certaine résignation face à cette situation:

«*Le marchandage de soumissions se pratiquera toujours.*»

«*Le marchandage de soumissions se pratique de façon effrénée et quasi universelle. C'est un cancer qui ronge l'industrie.*»

«*La plupart des propriétaires trouvent toujours une façon de dresser les entrepreneurs les uns contre les autres.*»

Une proportion importante estime que l'affaire *Ron Engineering* a raffermi la position des propriétaires. Leurs commentaires prouvent qu'ils imputent ce fait à la possibilité que la propriétaire tire parti d'une erreur commise de bonne foi. Voici quelques commentaires types:

«*L'argent et le système juridique penchent en leur faveur.*»

«*Moins d'argent et plus de contraintes. Les propriétaires continuent de serrer la vis.*»

Plusieurs répondants estiment que la situation des entrepreneurs s'est améliorée. Plus nombreux encore sont ceux qui ont exprimé l'avis contraire, et plusieurs commentaires font référence à la crainte des erreurs.

Voici un commentaire type des personnes qui ont répondu «oui»:

«*Oui. Une soumission basse permet de remporter un marché.*»

Vraiment? Un partisan de la décision *Ron Engineering* a tenu ces propos:

«*La décision a permis de freiner le favoritisme, notamment pour l'attribution de contrats municipaux.*»

Très peu de répondants ont jugé que l'affaire *Ron Engineering* avait amélioré la situation des sous-traitants.

Une personne qui a répondu par la négative a fait référence à sa réponse sur le marchandage: «*plus que jamais auparavant.*»

Plusieurs ont formulé des commentaires tels que:

«*Les entrepreneurs généraux gagnent moins et tentent de «refiler» leur manque à gagner aux sous-traitants.*»

La désignation des sous-traitants dans les contrats a fait l'objet de plusieurs récriminations, par exemple:

«*De nombreuses décisions récentes prouvent que le simple fait qu'ils sont désignés dans les contrats ne protège pas les sous-traitants.*»

Les difficultés des sous-traitants sont en outre amplifiées par les professionnels d'ingénierie et d'architecture:

«*Concepteurs et ingénieurs ne sont pas visés par le mécanisme de qualification des appels d'offres et ajoutent au risque couru par les sous-traitants, qui peuvent faire l'objet d'une exclusion.*»

Une plainte courante des sous-traitants a trait aux pressions qu'exercent sur eux les propriétaires et les entrepreneurs généraux en faisant d'avance l'acquisition d'équipements majeurs. Voici les commentaires d'un sous-traitant à ce sujet:

«*Le sous-traitant devient un pourvoyeur de main-d'oeuvre. Comme il ne profite d'aucune marge sur les équipements, il court un risque d'autant plus grand.*»

Au moins un sous-traitant semble tirer parti de la décision *Ron Engineering*:

«*Nous avons à quelques reprises évité la perte d'importants contrats de sous-traitance en portant l'affaire *Ron Engineering* à l'attention de la propriétaire.*»

Le répondant a omis de mentionner quels éléments de la décision il a ainsi porté à l'attention de la propriétaire en vue de préserver son contrat.

Plusieurs apprécieront sans doute le réalisme de certains commentaires généraux. En voici un exemple:

«*La plupart des acheteurs et des soumissionnaires ne comprennent pas*

les concepts fondamentaux qui régissent la formation des contrats (offre, acceptation, etc.) et considèrent le mécanisme d'appel d'offres comme le prélude à des négociations de longue durée...

On s'engage en général dans le processus comme un rafioteur qui tangué et on tente de maintenir le cap tant bien que mal dans l'espoir de conclure le marché et les contrats qui s'y rattachent.. jusqu'à ce que le navire prenne l'eau. Puis chacun sort son manuel de loi.»

Un avocat a adressé un conseil aux propriétaires intéressées au bon fonctionnement du système.

«*La décision *Ron Engineering* a-t-elle créé un climat équitable? Non car elle laisse aux propriétaires la latitude de définir les règles à suivre. Si les propriétaires:*

- *ne pratiquaient pas le marchandage de soumissions (y compris les négociations entre les offres des fournisseurs et l'attribution des marchés); et*
- *détaillaient les critères régissant les appels d'offres, le système fonctionnerait harmonieusement. À défaut de ce faire, on ne peut guère qu'avancer dans le noir.*»

Un autre avocat a commenté en ces termes l'attitude des tribunaux face à la loi:

«*La création artificielle du contrat A est un autre exemple de la tendance de la Cour suprême à légiférer plutôt qu'à statuer [et] à s'immiscer dans les affaires qui relèvent à juste titre des législatures provinciales.*»

Je conclurai en citant ces quelques mots d'un répondant qui a résumé la situation avec beaucoup d'à-propos: «*Trop de confrontation et trop peu de construction!*» Dieu l'entende!

Le **Bulletin Revay** est publié par Revay et Associés limitée, société mère de Wagner, Daigle, Revay ltée, deux firmes de conseillers du secteur de la construction et de spécialistes des réclamations du même domaine. Au service des entrepreneurs et des donneurs d'ouvrages, ces firmes ont comme objectif d'aider ces partenaires à réaliser des projets profitables et exempts de conflits. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenues.

POUR NOUS CONTACTER

Veillez visiter www.revay.com pour les adresses actuelles de nos bureaux. Si vous voulez faire partie de la site d'envoi du *Bulletin Revay*, [cliquez ici](#).