

## Processus d'appel d'offres et de soumissions dans l'industrie de la construction : principes et pratique



Paul Sandori, Dipl. Ing. Arch  
Conseiller principal  
Revay et associés limitée - Toronto

*Paul Sandori, ing., arch., est Conseiller principal chez Revay et associés limitée. Il est coauteur, avec William M. Pigott, du livre *Bidding and Tendering: What is the Law ?*, qui en est à sa cinquième édition. Il est également fondateur et éditeur (depuis 1984, avec Harvey J. Kirsh) de la *Construction Law Letter*. Ces deux publications sont disponibles chez LexisNexis Canada Inc<sup>1</sup>.*

Le droit régissant les processus d'appel d'offres et de soumission dans l'industrie de la construction était demeuré flou pendant plus d'une centaine d'années, jusqu'en 1981. Cette année-là, toutefois, une décision de la Cour suprême du Canada a complètement changé les choses. Il s'en est suivi une série d'actions en justice, qui semble seulement maintenant vouloir diminuer. Qu'est-il arrivé exactement, et comment les choses ont-elles changé?

Il est important de préciser que nous ne présenterons pas ici une opinion sur le bien-fondé des décisions judiciaires dont nous traiterons ni un quelconque avis juridique. Nous nous limiterons à examiner différentes questions *uniquement* par rapport aux pratiques de l'industrie, tout en y ajoutant une dose de simple bon sens.

Le recours au simple bon sens est bien reflété dans une déclaration de Lord Atkin faite en 1932 à la Chambre des Lords, en Grande-Bretagne, concernant la décision rendue au terme de la célèbre affaire *Donoghue c. Stevenson*. En parlant de la *common law* britannique (et, par transposition, du droit canadien), Lord Atkin déclarait :

*Il serait souhaitable de faire remarquer que le droit, dans cette affaire comme dans toute autre, est fondée sur le simple bon sens.*

Voilà bien une chose qu'ont en commun le droit et les bonnes pratiques de construction.

### PHASE INITIALE : ERREURS DANS LA PRÉPARATION DES OFFRES

Les bouleversements de 1981 ont commencé avec une question pourtant très simple :

*Un soumissionnaire peut-il, après avoir soumis une offre dans laquelle s'était glissée, en toute bonne foi, une erreur importante, se retirer du processus de soumission?*

Une « erreur commise de bonne foi » est une erreur de calcul ou toute autre erreur de la part du soumissionnaire, qui peut être démontrée au maître de l'ouvrage et qui a un impact sur le prix de l'offre.

La réaction de l'industrie de la construction avait été clairement exprimée, à l'époque, dans le guide n° 23 du CCDC<sup>2</sup>, Guide des appels d'offres et de l'attribution des contrats de construction :

*[...] il peut aussi arriver qu'un soumissionnaire signale à l'autorité qui lance l'appel d'offres, après la clôture de l'appel d'offres et avant la conclusion du contrat, une erreur qui n'était pas visible*

*à première vue. [...] il n'est pas inhabituel qu'un soumissionnaire demande que sa soumission soit rejetée en raison d'une erreur. Si l'autorité qui lance l'appel d'offres se persuade qu'il existe une erreur indéniable et importante, elle ne devrait pas accepter la soumission et le soumissionnaire ne devrait pas être pénalisé [...].*

Cette recommandation est fondée sur d'excellentes raisons, qui sont du reste bien connues, comme nous le verrons plus loin.

L'approche de la *common law* à ce type de problème, avant 1981, est bien illustrée par l'affaire *Belle River Community Arena Inc. c. W.J.C. Kaufmann Co. Ltd.* En 1973, Kaufmann avait soumis une offre à Belle River. Peu après l'ouverture des soumissions, Kaufmann informait le maître de l'ouvrage qu'elle souhaitait se retirer du processus en raison d'une erreur dans la préparation de son offre. Belle River a néanmoins décidé d'accepter l'offre soumise par Kaufmann, mais le soumissionnaire a insisté pour dire qu'il se retirait. Belle River a alors signé un contrat avec le deuxième soumissionnaire et a intenté une action en justice contre Kaufmann, exigeant que la firme lui rembourse la différence de prix entre les deux offres. Le juge de première instance chargé de l'affaire écrivait plus tard dans sa décision :

*La Cour est d'avis qu'une partie [le maître de l'ouvrage] ne peut accepter une offre en sachant qu'elle a été faite par erreur et qu'elle touche une condition fondamentale du contrat.*

En 1978, la Cour d'appel de l'Ontario rendait une décision appuyant la décision du juge de première instance : « ... la prétendue offre n'est pas celle que le pollicitant [le soumissionnaire] a voulu faire et le pollicité [le maître de l'ouvrage] le sait », disait le juge Amup, s'exprimant au nom de la Cour d'appel.

La *common law* reflétait donc le simple bon sens, tout comme les pratiques recommandées de l'industrie de la construction – mais tout cela se passait avant un événement que nous pourrions appeler le « **Big Bang** », c'est-à-dire la première étape d'une série de développements juridiques majeurs en matière d'appels d'offres et de soumissions dans l'industrie de la construction.

## LE « BIG BANG »

Le droit a radicalement changé en 1981, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*

Il s'agissait essentiellement de la même question qui avait été au cœur de l'affaire Belle River. La société Ron Engineering avait soumis une offre à la Commission des ressources en eau de l'Ontario – le « maître de l'ouvrage ». Le prix de l'offre de Ron Engineering s'est avéré être le plus bas, mais, peu après l'ouverture des soumissions, la firme informait le maître de l'ouvrage que cette offre contenait une erreur commise de bonne foi. Le maître de l'ouvrage a tout de même décidé d'attribuer le contrat à la société Ron Engineering. Lorsque celle-ci a refusé de le signer, le maître de l'ouvrage a décidé de garder le dépôt de 150 000 \$ fourni par la firme, puis a octroyé le contrat au deuxième soumissionnaire.

Ron Engineering a intenté une action en justice contre le maître de l'ouvrage et, après avoir perdu en première instance, a porté sa cause en appel. La Cour d'appel de l'Ontario a par la suite rendu une décision similaire à celle de l'affaire Belle River, et Ron Engineering a donc gagné.

C'est la Cour suprême du Canada qui a cependant eu le dernier mot. Le juge Estey, chargé de rédiger la décision de la Cour, a déterminé que la décision avait une importance beaucoup plus grande que la simple question du cautionnement d'exécution :

*... il faut préserver l'intégrité du mécanisme d'appel*

*d'offres chaque fois qu'il est possible de le faire en vertu du droit des contrats.*

Jusqu'à cette date fatidique de 1981, l'appel d'offres lancé par un maître de l'ouvrage était une simple invitation à soumettre une offre. Lorsqu'une offre était acceptée par le maître de l'ouvrage, les parties concluaient alors un contrat de construction.

Le juge Estey a déterminé qu'il existait également un autre type de contrat : le contrat d'appel d'offres. Pour faire la distinction entre les deux contrats, le juge a appelé le contrat d'appel d'offres « contrat A » et le contrat de construction « contrat B » :

*Le contrat A ... est immédiatement formé sans autre formalité à la présentation de la soumission ...*

*La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission.*

En d'autres termes, la soumission d'une offre, en réponse à une invitation du maître de l'ouvrage, crée en soi un lien contractuel entre le soumissionnaire et le maître de l'ouvrage, qu'un contrat de construction en découle ou non par la suite.

La société Ron Engineering aurait-elle soumis la même offre, ou aurait-elle décidé de ne pas soumettre d'offre, si elle avait su que celle-ci serait irrévocable même dans le cas d'une erreur commise de bonne foi – sans égard aux pratiques de l'industrie et au précédent établi par l'affaire *Belle River*? Peut-être. Mais la question, dans les faits, ne s'est jamais posée.

Le juge Estey a traité de la question de l'erreur essentiellement pour la faire disparaître :

*Il n'est pas question d'erreur de la part de l'une ou de l'autre partie jusqu'au moment où le contrat A est né. Le soumissionnaire avait l'intention de présenter exactement l'offre effectivement soumise, y compris quant au prix qui y est mentionné.*

Comme il n'y avait pas eu erreur, il n'y avait pas de raison valable pour que Ron Engineering refuse de signer un contrat B avec la Commission des ressources en eau de l'Ontario, ce qui constituait maintenant une rupture du contrat A. Le maître de l'ouvrage avait donc le droit de garder le dépôt de soumission fourni par Ron Engineering.

La Cour a permis une exception à la règle générale du contrat A : une offre préparée sur la base d'une erreur

pouvait être retirée si cette erreur était « manifestement apparente à première vue », c'est-à-dire si elle était immédiatement apparente à l'ouverture de l'offre.

D'un autre côté, même si le maître de l'ouvrage est informé d'une erreur dans le calcul du prix peu après la clôture des soumissions, et qu'on lui prouve que cette erreur a été commise de bonne foi, le contrat A a d'ores et déjà été créé et l'offre ne peut donc pas être retirée. C'est l'intégrité du processus qui doit être protégée, même si le résultat n'est pas fondé sur les principes du simple bon sens.

## LE CONTRAT « B »

Une erreur dans le prix de l'offre, non encore visible à l'entrée en vigueur du contrat A, apparaîtra lors de la signature du contrat B. Les parties savent toutes deux que le prix est faussé et le soumissionnaire souhaite donc se retirer. Comment un contrat de construction peut-il alors être conclu? Ne s'agit-il pas d'une question fondamentale, dont il faudrait traiter avant de procéder à tout changement important du droit? Mais le juge Estey a simplement choisi de ne pas aborder cet aspect, dont on devra donc décider ultérieurement :

*Les conséquences possibles d'une erreur sur le caractère exécutoire ou l'interprétation [du contrat B] constituent une tout autre question et ce n'est pas celle qui nous est soumise. Il ne s'agit pas pour nous non plus de déterminer s'il peut y avoir formation d'un contrat d'entreprise entre des parties en présence d'une erreur dans la soumission connue de chacune d'elles ...*

Presque sept ans ont passé avant que cette question, et d'autres semblables, soient présentées à la Cour suprême du Canada lors de l'affaire *Ville de Calgary c. Northern Construction Co.* En 1979, Northern avait fait une erreur dans une offre soumise à la Ville de Calgary. Le maître de l'ouvrage avait reconnu qu'il n'y avait eu « aucune irrégularité, aucun acte malhonnête et aucune intention frauduleuse ». Toutefois, lorsque Northern a refusé de signer le contrat B, le maître de l'ouvrage lui a réclamé la différence entre le prix de l'offre qu'elle avait soumise et le prix de la deuxième offre. Le juge de première instance a décidé en faveur de Northern. La Ville a alors institué un recours en appel.

Le juge McDermid de la Cour d'appel de l'Alberta a fait remarquer qu'en raison de l'état du droit, le soumissionnaire faisait face à un nouveau problème :

*... l'entrepreneur fait face à un dilemme : s'il*

*procède à l'exécution du contrat B, je ne crois pas qu'il puisse invoquer une erreur dans la préparation de l'offre, alors que s'il refuse de conclure le contrat B, il se trouve en rupture du contrat A.*

Son collègue, le juge Kerans, a posé une autre question :

*Serait-il abusif de la part de la Ville de Calgary, dans les circonstances de cette affaire, de procéder à l'acceptation du contrat B en sachant que l'offre avait été préparée sur la base d'une erreur de fait commise de bonne foi?*

Quoi qu'il en soit, la société Northern a perdu devant la Cour d'appel pour des raisons qui étaient détaillées dans la décision. Northern en a alors appelé à la Cour suprême, mais avec le même résultat : le plus haut tribunal du pays a rendu sa décision en quatre paragraphes. La décision de l'affaire Ron Engineering avait prévalu. L'appel était rejeté, avec dépens.

Le contrat A était donc fermement établi – et, au cours des deux décennies à suivre, il n'a été que renforcé.

## DOMMAGES : VUE D'ENSEMBLE

Dans l'affaire Ron Engineering, le soumissionnaire a perdu son dépôt de soumission de 150 000 \$, qui représentait la limite de sa responsabilité par rapport à l'offre qu'il avait soumise. Admettons cela : après tout, le maître de l'ouvrage ne pouvant faire réaliser les travaux pour le prix le plus bas, le dépôt de soumission lui procure, dans une certaine mesure, une compensation. Dans l'affaire Northern, cependant, le maître de l'ouvrage a poursuivi le soumissionnaire, avec succès, pour le remboursement de toute la différence entre le prix de la soumission erronée et le second prix, soit un montant de 395 000 \$.

Le juge Kerans de la Cour d'appel a fait remarquer que la seule perte incontestable du maître de l'ouvrage se chiffrait à 213 726 \$, c'est-à-dire la différence entre la soumission corrigée de Northern et le second prix le plus bas. C'était là le montant que le maître de l'ouvrage devrait déboursier *en plus* pour faire réaliser les travaux souhaités. Le juge a notamment déclaré :

*Cette différence représente une véritable aubaine pour la Ville : il s'agit du montant de 181 274 \$ correspondant à la réduction du prix du soumissionnaire en raison d'une erreur commise de bonne foi. Il n'y avait aucune perte pour la Ville,*

*si ce n'est de rater une occasion de profiter des erreurs d'autrui.*

Tout cela semblerait parfaitement raisonnable, mais la Ville s'est tout de même vue octroyer le plein montant, soit 395 000 \$. Ceux qui, dans l'industrie de la construction, voudraient connaître la logique de la décision liront le texte de ce jugement avec grand intérêt.

Au cours des années ayant suivi l'affaire Belle River, les coûts occasionnés pour les soumissionnaires par des erreurs commises de bonne foi ont grimpé en flèche, passant de montants négligeables à des sommes pouvant atteindre plusieurs centaines de milliers de dollars. Un exemple éloquent des coûts potentiels est celui de l'affaire *City of Ottawa Non-Profit Housing Corp. c. Canvar Construction (1991) Inc.*

En 1991, la société Canvar<sup>3</sup> soumettait à la Ville d'Ottawa une offre indiquant un prix de 2,289 millions \$. Peu après l'ouverture des soumissions, la firme informait le maître de l'ouvrage qu'il y avait une erreur de frappe dans le prix : c'est un montant de 2,989 millions \$ que l'offre aurait dû indiquer. Le cautionnement d'exécution correspondait à 5 % de ce montant, comme exigé par les documents d'appel d'offres. Les estimations de coûts du maître de l'ouvrage étaient d'environ 3 millions \$; le prix du deuxième soumissionnaire était supérieur à ce montant.

Canvar a refusé de signer le contrat B. La firme a subséquemment perdu en première instance – une simple erreur venait de coûter au soumissionnaire, pour un projet d'une valeur de 3 millions \$, un montant de 841 000 \$, soit la différence entre le prix indiqué dans son offre et le prix de la deuxième soumission. En 2000, cependant, la Cour d'appel de l'Ontario concluait que l'erreur était « *apparente à l'examen de la soumission* » et que cette offre n'aurait donc pas dû être acceptée.

Il était cependant trop tard pour la société Canvar, qui avait dû, depuis, cesser ses activités. La fin d'une entreprise à cause d'une erreur de frappe.

## L'INDUSTRIE CONTINUE À SE FIER AU SIMPLE BON SENS

Quelle a été la réaction de l'industrie de la construction, devant des décisions qui prétendaient protéger l'intégrité du processus de soumission? À en croire les apparences, notre industrie ne s'est pas ajustée aux décisions des tribunaux en matière d'erreurs dans les offres. Près de trente

ans après l'affaire Ron Engineering, le Manuel canadien de pratique de l'architecture (édition 2009) contient la recommandation suivante :

*Dans les cas, peu fréquents, où un soumissionnaire informe l'architecte ou le client, après la clôture des soumissions, qu'une erreur grave a été commise dans la préparation d'une offre, on devrait permettre à l'entrepreneur de se retirer du processus d'appel d'offres, et ce, sans lui imposer de pénalité.*

La recommandation du guide n° 23 du CCDC, qui traite des erreurs commises dans la préparation d'offres, n'a pas non plus beaucoup changé depuis le début des années 80. On peut lire, dans l'édition de 2005 :

*Si l'autorité qui lance l'appel d'offres se persuade qu'il existe une erreur indéniable et importante, elle ne devrait pas accepter la soumission et le soumissionnaire ne devrait pas être pénalisé, même si le maître de l'ouvrage peut avoir légalement le droit d'accepter la soumission.*

Le CCDC donne une explication pratique et sensée de sa recommandation :

*Si le maître de l'ouvrage force le soumissionnaire à exécuter le contrat contre son gré, cela augmente le risque que les travaux ne soient pas exécutés de façon satisfaisante et ne va pas dans le sens de ses intérêts, même si le prix du contrat est moins élevé.*

On peut parier que l'entrepreneur ainsi forcé à perdre de l'argent voudra déployer, à juste titre, tous les efforts possibles afin d'obtenir une compensation pour toutes les apparences d'erreur dans les plans et devis et tous les changements et retards causés par le maître de l'ouvrage ou ses experts conseils.

## UNE NOUVELLE PHASE

La nature du processus de soumission est telle que des erreurs peuvent fréquemment s'y glisser. La décision de l'affaire Ron Engineering a donné lieu à de nombreuses poursuites, mais, à l'heure actuelle, le nombre d'affaires judiciaires concernant des erreurs dans la préparation d'offres est minime. Peut-être les soumissionnaires ayant commis des erreurs se conforment-ils maintenant à la jurisprudence, n'essayant plus de se soustraire au contrat B. Ou peut-être les maîtres d'ouvrages ont-ils décidé de suivre les pratiques recommandées de l'industrie, n'intentant plus d'actions en justice contre les soumissionnaires. Devinons

que ces réactions ont toutes deux eu un impact.

Est-ce que cette trêve apparente signifie que les actions en justice, pour des affaires de soumission d'offres, se sont arrêtées? Certainement pas. Ce n'est qu'une première phase qui prend ainsi fin. En effet, le droit entré en 1999 dans une nouvelle phase, soit la suite logique de la décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering*; toutefois, on met maintenant l'accent sur un tout autre aspect du processus de soumission.

Dans cette phase, les maîtres d'ouvrages ont enfin compris ce que le contrat A peut leur coûter – 18 ans après l'imposition du régime des contrats A et B. Pour expliquer cette nouvelle phase, empruntons un nom bien connu.

## LA PHASE « CLINTONIENNE » : LES OFFRES NON CONFORMES

Rappelons-nous la fameuse phrase de l'ancien président des États-Unis, Bill Clinton, lorsque, en 1988, il faisait face à des allégations selon lesquelles il aurait eu des relations inappropriées avec une jeune stagiaire : « *Cela dépend de ce que l'on entend par le mot 'est'* », répondait le chef d'État américain. Nous nous trouvons actuellement dans la seconde phase des actions en justice pour des affaires d'appel d'offres ou de soumission, que nous proposons d'appeler la **phase clintonienne**; en effet, la dextérité avec les mots et leur interprétation joue désormais un rôle crucial.

Le point de départ de la présente phase a été une simple question concernant les actions d'un maître de l'ouvrage :

*Le maître de l'ouvrage a-t-il le droit d'accepter une soumission qui n'est pas entièrement conforme aux exigences des documents d'appel d'offres?*

En 1999, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) ltée.*, répondait à cette question de façon on ne peut plus claire. Le juge Iacobucci, lisant la décision unanime de la Cour, a dit :

*J'estime donc qu'il est raisonnable, en se fondant sur l'intention présumée des parties, de conclure à l'existence d'une condition implicite que seule une soumission conforme sera acceptée.*

La clause de réserve, très utilisée dans les documents d'appel d'offres (« *Ni la plus basse ni l'une quelconque des soumissions ne sera nécessairement acceptée* »), ne libère pas le maître de l'ou-

vrage de son obligation d'accepter une offre qui soit conforme, comme l'a rappelé la Cour suprême; cette clause ne fait que lui donner le droit de refuser une offre dont le prix serait plus bas, pour choisir une offre plus chère mais plus intéressante.

On ne peut évidemment pas aller à l'encontre d'une décision de la Cour suprême, mais, du point de vue des maîtres d'ouvrages, le problème pratique demeure, à savoir que, dans la plupart des cas, la décision d'un tribunal concernant la conformité d'une offre ne dépend que des définitions de certains des mots qui peuvent s'y retrouver – telles que ces définitions peuvent être comprises ou interprétées par un juge, ou encore par les trois juges d'une cour d'appel ou même les neuf juges de la Cour suprême du Canada.

L'affaire *Maystar General Contractors Inc. c. Ville de Newmarket* est un très bon exemple des conséquences possibles.

## EN ÊTES-VOUS SÛR?

En 2005, la Ville de Newmarket, en Ontario, lançait un appel d'offres pour un projet d'espace de loisirs. À l'ouverture des soumissions, le prix proposé par Maystar était le plus bas, le prix proposé par la société Bondfield Construction Company Ltd. étant légèrement plus élevé. Après avoir examiné les soumissions, le maître de l'ouvrage a remarqué que Bondfield avait fait une erreur dans le calcul de la TPS. Le maître de l'ouvrage a alors recalculé la TPS sur la base du prix indiqué sur l'offre, une opération très simple. Le prix de Bondfield était maintenant le plus bas! Le personnel et les experts-conseils du maître de l'ouvrage hésitaient quant à la suite du processus. L'offre révisée de Bondfield pouvait-elle être considérée comme conforme?

Les avocats du maître de l'ouvrage ont alors trouvé un précédent juridique : une erreur similaire dans le calcul de la TPS avait déjà fait l'objet d'une poursuite en Ontario. Dans cette affaire, le juge de première instance avait conclu que le montant de la TPS était « *superflu et négligeable* ». La Cour d'appel avait subséquemment appuyé cette première décision :

*L'erreur dans le calcul de la TPS ... n'a pas pour effet de créer une incertitude dans le prix de l'offre. Ce prix était indiqué dans le paragraphe précédent; la question du calcul de [la TPS] était superflue et, tout au moins, subordonnée.*

Et le tour est joué! Newmarket a donc octroyé le contrat à Bondfield, après quoi la société Maystar a intenté une action en justice. Celle-ci prétendait

que le prix proposé par Bondfield était incertain, rendant l'offre non conforme. Maystar réclamait une somme équivalente à son manque à gagner, soit 3,3 millions \$. Lorsqu'un tel montant est en jeu, on est facilement tenté d'intenter une action en justice!

Un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, après avoir soigneusement examiné les documents de soumission, a conclu que, dans ce cas précis, le calcul de la TPS n'était « *ni superflu, ni de second ordre ... [il constituait] une composante normale de l'offre* ».

Les trois juges de la Cour d'appel ont par la suite confirmé cette décision. L'offre de Bondfield aurait dû être rejetée. Le maître de l'ouvrage a par la suite négocié un règlement à l'amiable avec Maystar.

Le maître de l'ouvrage avait donc pris la mauvaise décision. L'erreur avait cependant été commise de bonne foi : Newmarket avait tâché d'être équitable dans des circonstances difficiles. Ses avocats s'étaient basés sur ce qui avait semblé être, dans ce cas, une décision de la Cour d'appel clairement applicable à la situation de leur cliente. Par ailleurs, si le maître de l'ouvrage avait attribué le contrat à Maystar, Bondfield aurait certainement intenté une action en justice, et aurait même peut-être gagné.

Les maîtres d'ouvrages ne pourront-ils jamais être sûrs de prendre la bonne décision?

## DOMMAGES : LA SUITE

Au cours de cette phase « clintonienne » des poursuites découlant d'appels d'offres ou de soumissions, les maîtres d'ouvrages ont dû faire face à la même hausse des montants accordés en dommages et intérêts à laquelle avaient été confrontés les soumissionnaires après la décision de l'affaire *Ron Engineering*, à la différence près que, pour les maîtres d'ouvrages, ces montants se chiffrent souvent en millions de dollars : en effet, dans la plupart des cas, la somme récupérée par le soumissionnaire dont l'offre est refusée correspond à une grande partie ou même à la totalité des manques à gagner anticipés à la suite de la perte du contrat. Un maître d'ouvrage du secteur privé peut se voir forcé à la faillite à cause d'une simple erreur!

D'ailleurs, les maîtres d'ouvrages subissent souvent des pertes même s'ils gagnent leur cause devant un tribunal. Prenons un exemple de 2013 à Terre-Neuve, l'affaire *R. c. Derek Penney Electrical Ltd.*

Le maître de l'ouvrage avait reçu huit offres, mais avait par la suite rejeté six d'entre elles, y compris l'offre la moins chère, pour des raisons de non-conformité. Il a subséquemment fait l'objet d'une action en justice intentée par la société Penney, qui proposait le prix le moins élevé. Devant la cour de première instance, Penney a soutenu que son offre *était conforme* et qu'elle n'aurait donc pas dû être rejetée, mais le juge en a décidé autrement. Toutefois, le maître de l'ouvrage a également été perdant, avant même que les audiences débutent : après avoir disqualifié les autres soumissionnaires, il ne lui restait plus que deux offres, aucune d'entre elles ne proposant le prix le plus bas!

Considérons à présent un autre exemple, l'affaire *Rankin Construction Ltd. c. Ontario*. En 2005, la société Rankin avait soumis une offre au ministère des Transports de l'Ontario pour un projet d'élargissement de route. Son offre indiquait le prix le moins élevé, soit 1,7 million \$ de moins que la deuxième offre, mais comportait une anomalie de 50 000 \$. Le ministère, craignant une action en justice de la part du second soumissionnaire, a rejeté l'offre de Rankin, qui a alors intenté une action en justice pour réclamer un manque à gagner de 5 millions \$. Le Ministère a gagné en première instance et, en septembre 2014, gagnait à nouveau en Cour d'appel. Mais était-ce là une véritable victoire pour ce maître d'ouvrage, qui a dû payer une somme additionnelle de 1,7 million \$, pour se voir ensuite contraint à assurer sa défense devant les tribunaux pendant neuf ans?

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *M.J.B.* a été suivie d'une vague d'actions en justice, ce qui, au vu des sommes en cause, était à prévoir.

## OBLIGATION D'ÉQUITÉ

Les obligations du maître de l'ouvrage ne se limitent pas à considérer uniquement les offres conformes. En 2000, la Cour suprême du Canada rendait sa décision dans l'affaire *Martel Building Ltd. c. Canada*, dont l'effet devait être de protéger encore davantage cette espèce en voie de disparition qu'est le soumissionnaire canadien. La Cour a conclu qu'il existe également une obligation d'équité :

*... tous les soumissionnaires doivent néanmoins être traités sur un pied d'égalité et de manière équitable. Ni la clause de réserve ni les autres conditions du contrat A n'ont pour effet de soustraire le ministère à cette obligation.*

L'obligation d'équité est considérée comme implicite dans le processus de soumission parce que « *l'existence d'une telle obligation contractuelle implicite est nécessaire pour promouvoir et protéger l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres ... [et] aux fins de l'efficacité commerciale du processus d'appel d'offres* ».

L'importance de se montrer équitable ne fait pas de doute, mais la décision de l'affaire *M.J.B.* et les décisions qui en ont découlé vont bien au-delà de ce qui pourrait être considéré comme équitable. Un maître d'ouvrage doit non seulement évaluer les offres de façon équitable, conformément aux critères stipulés dans les documents d'appel d'offres, mais son évaluation doit également, du point de vue d'un juge, être juste et conforme à son interprétation éventuelle de ces critères. Une erreur de jugement de la part du maître de l'ouvrage peut lui coûter très cher. D'un autre côté, si l'évaluation du juge est considérée, en appel, comme étant erronée, l'erreur devra tout de même être payée, d'une façon ou d'une autre, par le maître de l'ouvrage.

Ce type d'erreur est rarement causé par un acte malicieux. La plupart du temps, il s'agit d'une erreur commise de bonne foi – par exemple, l'échec d'une tentative pour résoudre une situation complexe, comme nous l'avons vu plus haut dans l'affaire *Newmarket*. Cependant, dans l'affaire *M.J.B.*, le juge Iacobucci a clairement conclu que la bonne foi ne suffit pas pour évaluer des offres de façon équitable :

*Le fait d'agir de bonne foi ou le fait de penser avoir interprété correctement le contrat ne constituent pas des moyens de défense valables dans une action pour rupture de contrat.*

En d'autres termes : comme on fait son lit, on se couche. Pour un contrat commercial, cela procède du simple bon sens. Mais le juge n'examine pas ici un contrat réel, volontairement conclu. Le contrat A est considéré par les tribunaux comme *implicite*, en raison de l'intention de chacune des parties – ou, pour être plus précis, l'intention des parties *présument* par les tribunaux. Les parties avaient-elles vraiment l'intention de transformer le simple exercice de sélection d'un entrepreneur en véritable champ de mines, à la fois pour les maîtres d'ouvrages et les soumissionnaires?

Il faut croire que non, à en juger par les efforts déployés par les parties pour éviter les écueils du contrat A. Le droit relatif aux processus d'appel d'offres et de soumission va maintenant entrer dans la **phase défensive**.

## UN PARE-FEU

Les efforts des soumissionnaires pour se protéger ont connu un succès mitigé; par contre, les maîtres d'ouvrages disposent de leur côté d'un remède très efficace. Depuis l'affaire *Ron Engineering*, on a vu s'accroître l'importance et la portée de la clause de réserve, qui n'était jusque-là incluse aux documents d'appels d'offres que par habitude. De plus, les documents d'appel d'offres contiennent à présent une clause discrétionnaire donnant au maître de l'ouvrage le droit de ne pas tenir compte d'anomalies mineures dans les offres reçues. De façon plus importante, une clause d'exonération de responsabilité (ou « clause justificative ») est maintenant systématiquement incluse. Ces trois clauses sont d'ailleurs parfois rassemblées en une clause dite « omnibus ».

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique*, en 2010, a été une étape importante dans la phase défensive des maîtres d'ouvrages.

En 2001, le ministère des Transports de la Colombie-Britannique lançait un appel de propositions pour un projet routier. Le Ministère a attribué le contrat de construction à une firme qualifiée dont l'offre était cependant non conforme. Un concurrent dont l'offre était conforme, la société *Tercon*, a alors intenté une action en justice. L'appel de propositions comportait toutefois une clause d'exonération :

*... un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la demande de propositions, ce qu'il est réputé accepter lorsqu'il présente une soumission.*

Le juge de première instance a conclu que la clause d'exonération était ambiguë et a donc décidé en faveur de *Tercon*, qui recevait subséquemment 3,5 millions \$ pour manque à gagner. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique en a décidé autrement par la suite, étant d'avis que la clause d'exonération était :

*... si claire et sans ambiguïté qu'il ne faisait aucun doute que l'intention des parties était que cette clause couvre toutes les infractions, y compris les infractions majeures.*

*Tercon* a fait appel. Cinq des neuf juges de la Cour suprême du Canada ont conclu que la clause d'exonération, « lorsque correctement interprétée », n'excluait pas une réclamation de la part de la société *Tercon* pour dommages et intérêts. Quatre des juges ont appuyé *Tercon*, reflétant la décision préalable de

la Cour d'appel. Le juge Binnie, chargé de rédiger l'opinion dissidente, n'a pas mâché ses mots :

*Il n'est pas déraisonnable en soi d'exiger un cautionnement d'exécution. Tercon est une grande entreprise et une organisation complexe. Je crois que le ministère intimé, bien qu'il ait enfreint ses obligations contractuelles, a agi dans les limites des conditions stipulées par la clause d'exonération. Il n'y a par ailleurs aucune raison de ne pas appliquer cette clause. Pour ma part, je rejetterais donc l'appel.*

Dans cette affaire, treize juges ont examiné la clause d'exonération. Six d'entre eux l'ont interprétée d'une certaine façon et les sept autres de la façon opposée. Il va sans dire que l'opinion ayant prédominé n'a pas fait l'unanimité. Les six juges ont pu imposer leur décision parce que cinq d'entre eux siégeaient au plus haut tribunal du pays.

Lorsque les maîtres d'ouvrages rédigent une clause d'exonération qui est si claire qu'on ne peut l'interpréter que d'une seule façon – autrement dit, aucune responsabilité du maître de l'ouvrage, en quelque circonstance que ce soit – on revient à l'époque antérieure à l'affaire Ron Engineering, du moins du point de vue des maîtres d'ouvrages. Les soumissionnaires, eux, sont tenus à toutes les obligations du contrat A, sans toutefois un quelconque recours contre les maîtres d'ouvrages.

Ne serait-il pas préférable, pour des raisons d'équité et pour apporter un certain degré de certitude au processus de soumission, que les maîtres d'ouvrages déclarent simplement, dans les documents d'appel d'offres, qu'ils ne souhaitent pas conclure un contrat A avec les soumissionnaires? Voilà qui donnerait plus de liberté à la fois aux maîtres d'ouvrages et aux soumissionnaires ; de

plus, c'est à l'industrie de la construction qu'il incomberait de lutter contre les cas d'iniquité, comme elle l'avait fait pendant des dizaines d'années, avant et après le « Big Bang ».

## UN RETOUR AUX BASES POUR PROGRESSER

Plus de trente ans ont passé depuis le fameux « Big Bang ». Dans l'industrie de la construction, on reconnaît généralement que lorsqu'un entrepreneur soumet une offre conforme, il a d'ores et déjà accepté le contrat B potentiel avec le maître de l'ouvrage; le contrat A est donc implicitement conclu. En revanche, une offre non conforme constitue une contre-offre; le contrat A demeure donc inapplicable dans ce cas. Voilà l'une des pierres angulaires de « l'édifice Ron Engineering », en chantier depuis 1981.

L'un des aspects de la décision rendue en 2014 dans l'affaire Rankin, qui est mentionnée dans cet article, pourrait mener à des modifications ou même à une reconstruction complète de cet édifice. En effet, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment décidé que l'existence et les conditions d'un contrat A sont établies sur la base d'une « détermination au cas par cas ». Les conditions des documents d'appel d'offres doivent être scrupuleusement examinées et interprétées, dans chaque cas, pour déterminer si l'intention des parties était de créer un lien contractuel dès la soumission d'une offre. Après avoir étudié les documents d'appel d'offres du ministère des Transports de l'Ontario, la Cour a conclu que :

*Il apparaît clairement que l'intention des parties était de créer un lien contractuel au moment du dépôt de la soumission de Rankin, même si l'offre de celle-ci était non conforme...*

La Cour a décidé qu'une non-conformité par rapport aux documents d'appel d'offres signifiait seulement qu'on ne pouvait pas attribuer un contrat B à la firme. L'importance et les conséquences de cette décision, le cas échéant, se manifesteront au cours des mois, des années ou des décennies à venir.

Parallèlement, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bhasin c. Hrynew*, à la fin 2014, les tribunaux continueront d'appliquer, à l'échelle du Canada, l'exigence de bonne foi et d'honnêteté dans l'exécution du contrat B. Au Québec, cette obligation a été rappelée par la Cour d'appel dans les récentes décisions *Hydro-Québec c. Construction Kiewit Cie et Dawcoelectric inc. c. Hydro-Québec*.

Nous vivons à une époque intéressante.

\* Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur et peuvent ne pas nécessairement refléter celles de l'entreprise.

- 1 Une version plus détaillée de ce Bulletin Revay est disponible dans Construction Law Reports, publié par Carswell/Thomson/Reuters, et Legal Update, publié par le Collège canadien des avocats en droit de la construction.
- 2 L'acronyme CCDC désigne le Comité canadien des documents de construction. Mis sur pied en 1974, le CCDC est le comité national mixte chargé de l'élaboration, de la production et de l'examen des contrats et des guides standards utilisés dans l'industrie de la construction au Canada.
- 3 À ne pas confondre avec le Groupe Canvar inc. de Montréal.

Le bulletin Revay est publié par Revay et associés limitée, une firme de conseillers du secteur de la construction, spécialistes de la gestion de projet et de la résolution de conflits. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source. Vos observations et suggestions pour les prochains articles sont bienvenues.

English version available upon request.

**S.V.P. aviser le bureau de Montréal de tout changement d'adresse ou de destinataire.**

www.revay.com

## LES BUREAUX DE REVAY

### MONTREAL

4333, rue Ste-Catherine Ouest  
Suite 500  
MONTRÉAL (Québec) H3Z 1P9  
Tel. : (514) 932-2188  
Fax : (514) 939-0776  
montreal@revay.com

### TORONTO

2255 Sheppard Ave. East  
Suite 402  
Toronto (Ontario) M2N 4Y1  
Tel. : (416) 498-1303  
Fax : (416) 491-0578  
toronto@revay.com

### OTTAWA

2039 Robertson Road  
Suite 230  
Nepean (Ontario) K2H 8R2  
Tel. : (613) 721-6801  
Fax : (613) 596-8172  
ottawa@revay.com

### CALGARY

10655 Southport Road, S.W.  
Suite 540  
CALGARY (Alberta) T2W 4Y1  
Tel. : (403) 777-4900  
Fax : (403) 777-4903  
calgary@revay.com

### VANCOUVER

5460 - 152 Street  
Suite 209  
SURREY (C.B.) V3S 5J9  
Tel. : (604) 372-1200  
Fax : (604) 372-1209  
bc@revay.com

### REVAY & ASSOCIATES INC.

1105 N Market Street  
Suite 1300  
WILMINGTON, DE 19801  
Tel. : (302) 427-9340  
Fax : (302) 651-8426