

# Droit des appels d'offres : l'affaire *Tercon*

Enrico Forlini  
Associé  
28 avril 2010

« La province accepte la soumission d'une entreprise non admise à participer à l'appel d'offres, puis elle a pris des mesures pour dissimuler ce fait. »

*Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique,*  
(2010) CSC 4

Tercon ne pouvait souhaiter des faits plus favorables à sa position

- comportement outrageux de la province
- elle a agi de manière inacceptable

## Les faits:

- Province lance une demande d'expression d'intérêt (DEI) pour la conception et construction d'une route;
- Reçoit 6 soumissions, dont Tercon et Brentwood;
- Province se ravise; elle va concevoir elle-même la route et demande des propositions (DP) pour la construction;
- Seules les 6 entreprises qui ont participé à DEI peuvent présenter une proposition;
- Soumission de Brentwood, en dépit des apparences, était en fait présentée par la coentreprise avec EAC;

## Les faits:

- Province savait qu'elle ne pouvait considérer cette soumission;
- Existence de la coentreprise a conféré un avantage concurrentiel en faveur de Brentwood (prix plus concurrentiel);
- Province s'est employée à masquer cette réalité en révisant et en rédigeant la documentation;
- Province accorde le contrat à Brentwood/EAC plus bas soumissionnaire;
- Tercon intente action en dommages contre la Province;

## Questions devant la Cour suprême:

- La proposition de Brentwood était-elle admissible?
- Est-ce que la clause de limitation de responsabilité fait obstacle au recours de Tercon?

- Cour suprême unanime – le ministère a contrevenu à ses obligations en accordant le contrat à un soumissionnaire non éligible

- Cour unanime sur le cadre d'analyse qui s'impose pour décider si la clause de non-responsabilité s'applique
- Théorie de « fundamental breach » écartée
- Cour divisée 5-4 sur l'applicabilité de la clause

## 1. La province a-t-elle violé ses obligations?

- Elle a manqué à son obligation d'agir équitablement envers les soumissionnaires
- En considérant la soumission d'un soumissionnaire inadmissible, elle a porté outrageusement atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres
- La province a conféré à Brentwood un avantage concurrentiel
- La province a manqué à son obligation de bonne foi en ne traitant pas tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité en modifiant les conditions d'admissibilité

## 2. La clause s'applique-t-elle?

- La Cour propose le cadre d'analyse suivant:
  - a) Déterminer, par voie d'interprétation, si la clause s'applique aux faits;
  - b) Est-ce que la clause est inéquitable (« unconscionable ») au moment de la conclusion du contrat
  - c) Faut-il tout de même refuser d'appliquer la clause en raison d'une considération d'ordre public

- Clause de limitation de responsabilité

« ... un proposant ne peut exercer aucun recours en indemnisation pour sa participation à la demande de proposition... »

Selon la majorité, la clause ne s'applique pas:

- Seul un libellé clair peut écarter la responsabilité
- Le texte de la clause vise les demandes d'indemnisation découlant de la « participation à la DP »
- La clause n'empêche pas le recours de Tercon, car elle ne s'applique qu'à l'indemnisation demandée pour la participation à la DP et non au recours qui fait suite à la participation d'une entreprise inadmissible

- Possibilité pour le propriétaire de se soustraire à sa responsabilité en cas de non-respect d'obligations découlant d'appels d'offres à l'aide d'une clause claire

Selon les juges minoritaires (4):

1. Est-ce que la clause s'applique aux circonstances?
  - Même si la province n'a pas respecté ses obligations contractuelles, elle bénéficie de la clause d'exonération de responsabilité
  - La clause est claire et non ambiguë

## 2. La clause n'est pas inique (« unconscionable »)

- Tercon est une entreprise importante parfaitement en mesure de défendre ses intérêts commerciaux

### 3. L'ordre public

- Inconduite de la province n'était pas répréhensible au point que l'ordre public justifie le tribunal d'écarter la clause

## 3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal [2008] R.J.Q. 872 (C.A.)

- ADM lance appel d'offres pour un contrat d'entretien ménager
- Instructions aux soumissionnaires : garantie d'exécution de 3 ans
- 3051226 (Genesis) accompagne sa soumission d'une garantie d'exécution d'un an, renouvelable

## 3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal [2008] R.J.Q. 872 (C.A.)

- Advance produit sa soumission avec un cautionnement d'un an, renouvelable
- Après l'ouverture des soumissions, Advance fournit un nouveau cautionnement valide pour 3 ans
- Genesis n'en est pas informé
- Genesis est plus bas soumissionnaire
- Contrat octroyé à Advance

## 3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal [2008] R.J.Q. 872 (C.A.)

- ADM a rompu l'équilibre entre les soumissionnaires

## 3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal [2008] R.J.Q. 872 (C.A.)

- Clause de réserve ne peut faire échec au recours de Genesis vu la violation de l'obligation de traiter équitablement les soumissionnaires

## 3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal [2008] R.J.Q. 872 (C.A.)

- « Aucun soumissionnaire n'aura de recours de quelque nature que ce soit contre ADM pour ne pas avoir été choisi... »

## 3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal [2008] R.J.Q. 872 (C.A.)

- Contrat d'adhésion – 1437 C.C.Q.

## 3051226 Canada inc. c. Aéroports de Montréal [2008] R.J.Q. 872 (C.A.)

- « L'obligation de traiter les soumissionnaires équitablement est reconnue comme une obligation essentielle au contrat d'appel d'offres. Accepter une modification substantielle à une soumission, après l'expiration du délai de présentation sans en avertir les autres soumissionnaires, constitue une transgression de l'obligation essentielle de traitement équitable des soumissionnaires. »

**FASKEN  
MARTINEAU**



[www.fasken.com](http://www.fasken.com)