

Bulletin Droit de la construction

Avril 2007

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. – UNE RÉVOLUTION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Eric Simard, Montréal



Eric Simard est associé principal chez Fasken Martineau DuMoulin. Il exerce en litige civil et commercial, plus particulièrement en droit de la construction et en matière de responsabilité du fabricant. Par ailleurs, sa pratique en litige commercial vise principalement les litiges résultant de l'exécution de contrats d'entreprise, de distribution, de cautionnement et de coentreprise. Il a développé une expertise particulière tant en matière de litiges complexes que de recours collectifs. À ce titre, il représente des entreprises du secteur privé et public ainsi que des banques devant les diverses instances judiciaires. Me Simard plaide régulièrement devant les tribunaux d'instances supérieures et d'appel. Il a également effectué des représentations devant la Cour suprême du Canada.

La majeure partie des entreprises canadiennes procède par voie d'appel d'offres lorsque vient le temps d'acquérir des biens et services auprès de fournisseurs. À la base, le client émet un appel d'offres qui décrit les biens et/ou services devant faire l'objet de l'acquisition ainsi que les échéanciers et autres modalités entourant l'achat. L'avantage notable de procéder de la sorte est que le propriétaire obtiendra des prix concurrentiels de la part des soumissionnaires aptes à se qualifier pour l'appel d'offres. Dans l'affaire Double N Earthmovers Ltd. (« Double N »), la Cour suprême du Canada renverse un principe bien établi en ce qui concerne l'obligation du propriétaire de traiter équitablement les soumissionnaires. La plus récente décision de la Cour suprême du Canada dans le domaine remontait à l'affaire *Martel Building Ltd. c. Canada*, en 2000, où elle avait réaffirmé le principe qu'elle avait énoncé dans *Ontario c. Ron Engineering and Construction (Eastern) Ltd.*, en 1981. Selon ce principe, le dépôt

d'un appel d'offres créait des obligations implicites auxquelles est tenu le propriétaire à l'égard des soumissionnaires pendant le processus d'appel d'offres et après l'adjudication du contrat.

L'analyse sur laquelle est fondée la détermination des obligations juridiques du propriétaire et des soumissionnaires tire sa source d'un contrat théorique (« contrat A ») qui se forme à l'occasion du dépôt des soumissions auprès du propriétaire suite à l'appel d'offres de ce dernier. Le contenu obligationnel implicite du contrat A vise à régir le processus enclenché par le propriétaire avec l'émission d'un appel d'offres jusqu'à l'octroi du contrat (« contrat B ») au soumissionnaire sélectionné.

Les soumissionnaires consacrent souvent du temps et de l'énergie et, par voie de conséquence, beaucoup d'argent pour répondre à un appel d'offres. Ils sont en droit de s'attendre à ce que le propriétaire respecte les conditions énoncées dans son appel d'offres et ce, à l'égard de tous les soumissionnaires.

Certes, le devoir du propriétaire d'agir équitablement ne lui enlève pas la faculté de mettre en place des critères de pondération lui permettant d'adjuger le contrat à un soumissionnaire autre que le plus bas soumissionnaire ou d'annuler unilatéralement l'appel d'offres comme le prévoient habituellement les clauses qu'on retrouve dans des documents d'appel d'offres (communément appelées clauses de réserve).

En fait, la jurisprudence était unanime à reconnaître que le propriétaire avait l'obligation de n'adjuger le contrat qu'au soumissionnaire ayant déposé une soumission conforme. Toute transgression de cette règle, c'est-à-dire octroyer un contrat à un soumissionnaire non conforme, violait l'obligation implicite créée par le contrat A en faveur des autres soumissionnaires conformes. Il s'agissait là du devoir d'agir équitablement.

Dans l'affaire Double N, la Ville d'Edmonton (la « Ville ») a procédé, en 1986, à un appel d'offres en vue d'adjuger un contrat pour la fourniture de machines et de leur opération pour une durée de 30 mois. Selon les documents d'appel d'offres, les machines à utiliser devaient être des modèles de 1980 ou plus récents. Double N et Sureway Construction of Alberta Ltd. (« Sureway ») ont déposé des soumissions en réponse à l'appel d'offres émis par la Ville. Il appert que Double N a appris que Sureway ne possédait pas les véhicules répondant aux spécifications de l'appel d'offres et qu'elle indiquait posséder dans sa soumission. Or, Double N a avisé la Ville de ce fait. Il appert que la Ville n'en a pas tenu compte et n'a procédé à aucune vérification auprès de Sureway afin de s'enquérir auprès d'elle de sa capacité à fournir les véhicules du type demandé dans l'appel d'offres. En bout de ligne, Sureway a obtenu le contrat compte tenu qu'elle était le plus bas soumissionnaire.

Après l'adjudication du contrat à Sureway, cette dernière a fait des représentations auprès de la Ville afin de lui indiquer que certains des équipements qu'elle fournirait pour l'exécution du contrat seraient de modèles antérieurs à 1980. Considérant qu'il ne s'agissait pas là d'une condition essentielle de l'appel d'offres, la Ville a fait fi de cette exigence et a quand même considéré Sureway comme un soumissionnaire conforme et lui a adjugé le contrat.

Double N a poursuivi la Ville en alléguant que cette dernière avait violé ses obligations implicites aux

termes du contrat A de traiter équitablement les soumissionnaires du fait qu'elle avait accepté une soumission non conforme aux exigences énoncées au document d'appel d'offres, à savoir mettre à la disposition de la Ville des machines de modèles 1980 ou plus récents.

À l'époque, la démarche judiciaire effectuée par Double N avait de très bonnes chances d'être fructueuse compte tenu de l'état du droit. Dans un jugement partagé (5 contre 4), la Cour suprême du Canada conclut que l'obligation du propriétaire envers les soumissionnaires d'agir de façon équitable se limite à la période allant de l'émission de l'appel d'offres jusqu'à l'adjudication du contrat au soumissionnaire conforme retenu (« contrat A »). Ainsi, l'obligation du propriétaire de traiter équitablement les soumissionnaires ne dépasse pas la période post-adjudication (« contrat B »). Les juges Abella et Rothstein, pour la majorité, s'expriment ainsi (para. 71) :

« Ce dont se plaint Double N (la levée par la Ville de l'exigence de fournir un modèle 1980) est survenu *après* la formation du contrat B. Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Dans *Ron Engineering*, le juge Estey a déclaré qu'« 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 » (p.121; c'est nous qui soulignons). En droit des contrats, Double N ne peut exiger l'annulation d'un contrat auquel elle n'est pas partie, dans le but de préserver l'intégrité d'un mécanisme d'appel d'offres qui, par définition, a pris fin au moment de la formation du contrat B. »

Quant à la dissidence, les quatre juges de la Cour suprême du Canada concluent que l'année de fabrication des machines était une condition essentielle de l'appel d'offres émis par la Ville d'Edmonton. Lorsqu'elle a été informée de l'omission de Sureway de respecter cette condition, après l'évaluation initiale de la soumission conforme la plus basse, la Ville avait l'obligation, en vertu du contrat A, de rejeter la soumission de Sureway pour le motif qu'elle était non conforme. Le Juge Charron explique

d'ailleurs en quoi l'approche de la majorité est en porte à faux avec le devoir de traiter équitablement les soumissionnaires (para. 123) :

« Le droit d'exiger le respect des conditions ne peut transformer une soumission à première vue non conforme en soumission conforme. En outre, je ne vois pas comment on préserve l'intégrité de l'appel d'offres en permettant à un soumissionnaire de se débarrasser de manière déloyale de ses concurrents puis de discuter point par point avec le propriétaire après avoir obtenu le contrat. Cette façon de voir l'appel d'offres encourage précisément le genre de duplicité que nous voyons en l'espèce. En effet, un soumissionnaire peut présenter une soumission soit ambiguë, soit délibérément trompeuse, mais à première vue conforme à certains égards, sachant que, s'il obtient le contrat B, il sera bien placé pour en renégocier des conditions essentielles. Quant au propriétaire, il peut juger préférable de ne pas régler une ambiguïté avant d'adjuger le contrat B puisqu'il sera alors libéré de toutes ses obligations au titre du contrat A envers les autres soumissionnaires et pourra entamer de nouvelles négociations avec le soumissionnaire retenu sans crainte de poursuites. Cette façon de procéder ne cadre pas avec un mécanisme équitable et transparent. » (nos soulignés)

CONCLUSION

L'affaire Double N constitue une révolution importante dans le domaine du droit des marchés publics. En premier lieu, un concurrent qui est convaincu que les informations fournies par un autre soumissionnaire sont fausses ou inexacts n'engagera en rien la responsabilité du propriétaire s'il prend la peine de dénoncer cette situation dans le cadre du contrat A. La majorité a été très claire à l'effet que le propriétaire n'avait pas l'obligation de faire une enquête exhaustive sur la fiabilité des représentations faites par un soumissionnaire dans un appel d'offres.

Si le propriétaire n'est pas lui-même convaincu qu'il s'agit d'informations erronées ou de fausses représentations, il peut aller de l'avant en jugeant conforme la soumission et adjuger le contrat au plus bas soumissionnaire. Au surplus, nonobstant le fait que le propriétaire découvre au moment de l'analyse et de l'étude de la soumission du plus bas soumissionnaire qu'elle comporte des inexactitudes, il pourra quand même conclure le contrat B avec le soumissionnaire en modifiant les conditions de l'appel d'offres. Dans ce cas, le soumissionnaire également conforme mais qui n'a pas obtenu le contrat ne pourra réclamer réparation en justice à l'encontre du propriétaire en alléguant que ce dernier l'a traité de façon inéquitable. Telle est la substance même de la décision rendue par la majorité dans l'affaire Double N. La majorité a clairement reconnu que si le propriétaire considère qu'il est dans son intérêt de lever une condition non essentielle du contrat, il a le droit contractuel de le faire sauf stipulation contraire. Par conséquent, la rédaction du document d'appel d'offres devient doublement importante en regard de cette décision. En effet, les propriétaires pourront éventuellement entamer des négociations, voire même faire du marchandage, avec le soumissionnaire retenu en évoquant le fait que la condition non respectée peut être considérée comme étant essentielle. Ce faisant, les propriétaires pourraient en bout de ligne obtenir des prix encore plus bas que ceux déposés lors de la soumission.

Du point de vue des propriétaires, cette décision sera certainement la bienvenue. Ils ont désormais plus de marge de manœuvre dans le cadre du processus d'appel d'offres.

Eric Simard
514 397 5147
esimard@mtl.fasken.com

Les textes dans ce recueil ont pour but de fournir des commentaires généraux sur le droit de la construction. Les textes reflètent le point de vue de chacun des auteurs et ne constituent pas des opinions exprimées au nom de Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. ou toute société membre. Ces textes n'ont pas pour but de fournir des conseils juridiques. Les lecteurs ne devraient pas prendre des mesures sur la foi des renseignements sans prendre conseil à l'égard des questions spécifiques qui les concernent. Nous serons heureux de fournir, sur demande, des détails supplémentaires.

© 2007 Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Vancouver

604 631 3131
info@van.fasken.com

Québec

418 640 2000
info@qc.fasken.com

Calgary

403 261 5350
info@cgy.fasken.com

New York

212 935 3203
info@nyc.fasken.com

Toronto

416 366 8381
info@tor.fasken.com

Londres

44 20 7917 8500
info@fasken.co.uk

Ottawa

613 236 3882
info@ott.fasken

Johannesburg

27 11 685 0800
info@jnb.fasken.com

Montréal

514 397 7400
info@mtl.fasken.com