

EYB2018REP2470

Repères, Mai, 2018

Mathieu AYOTTE* et Reynald POULIN*

Chronique – Le retour en appel d'offres – Utilisation de la clause de réserve en matière d'appel d'offres : les options offertes aux soumissionnaires

Indexation

ADMINISTRATIF ; CONTRATS DES ORGANISMES PUBLICS ; FORMATION ; APPEL D'OFFRES ; MUNICIPAL ; CONSTRUCTION ; OBLIGATIONS ; CONTRAT ; EXÉCUTION ; EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT ; OBLIGATION DE MINIMISER LES DOMMAGES

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- L'UTILISATION DE LA CLAUSE DE RÉSERVE](#)

[A. La validité et les cas d'ouverture](#)

[B. La portée d'une clause de réserve](#)

[II- L'OUVERTURE D'UN SECOND APPEL D'OFFRES SUITE À L'ANNULATION DU PROCESSUS](#)

[A. L'atteinte au traitement équitable des soumissionnaires lors du retour en appel d'offres](#)

[B. L'effet de la participation au second appel d'offres](#)

[C. Le recours en recouvrement de profits anticipés](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

Les principes régissant l'application des clauses de réserve, fréquemment utilisées dans le cadre d'appels d'offres, demeurent à certains égards méconnus, tant des entrepreneurs et donneurs d'ouvrage que des juristes qui les conseillent. Dans le présent article, les auteurs font l'examen de la jurisprudence en la matière, afin d'éclaircir ces principes et leur évolution des dernières années. Notamment, ils se penchent sur les cas donnant ouverture à l'utilisation des clauses de réserve et les conséquences surprenantes de la participation d'un soumissionnaire à un second appel d'offres, suite à l'annulation du premier, eu égard à ses recours à l'encontre du donneur d'ouvrage.

INTRODUCTION

Le processus d'appel d'offres, abondamment utilisé au Québec pour l'octroi de contrats publics, est régi par des principes fondamentaux qui doivent guider la conduite des parties qui y prennent part. Notamment, la bonne foi doit gouverner les comportements de chacun et les donneurs d'ouvrage se doivent de réserver un traitement équitable à tous les soumissionnaires. Ces deux lignes directrices entraînent diverses répercussions sur le déroulement des appels d'offres, ainsi que des conséquences lorsqu'elles ne sont pas respectées.

Le contenu des documents mis à la disposition des soumissionnaires par les donneurs d'ouvrage, dans le cadre d'appels d'offres, n'échappe pas aux principes susmentionnés. Ces documents comportent généralement certaines clauses visant à assurer l'atteinte d'un résultat qui répond aux attentes des donneurs d'ouvrage. L'application de ces clauses a d'ailleurs suscité de nombreux questionnements en jurisprudence. Parmi ces clauses, on compte la clause de réserve, laquelle peut être invoquée afin de se sortir de l'impasse que représente un appel d'offres insatisfaisant pour celui qui le lance.

Le présent article traite de la clause de réserve, des particularités et conséquences de son utilisation, ainsi que des options qui s'offrent aux soumissionnaires lorsque celle-ci est utilisée. Nous verrons que les répercussions peuvent être importantes et même, parfois inattendues.

I- L'UTILISATION DE LA CLAUSE DE RÉSERVE

A. La validité et les cas d'ouverture

Tout d'abord, il convient de préciser le contexte dans lequel intervient une clause de réserve. Depuis l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada en 1981, dans l'affaire *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*¹, il est bien établi que le processus d'appel d'offres complété fait intervenir deux contrats distincts, lesquels donnent lieu à différentes obligations : le contrat A et le contrat B.

C'est dans le cadre du contrat A, formé unilatéralement dès la présentation d'une soumission dans le cadre d'un appel d'offres, qu'intervient la clause de réserve. Quant au contrat B qui ne sera pas abordé dans le présent article, il s'agit du contrat d'entreprise, de vente ou d'un autre type de contrat envisagé par l'appel d'offres.

La validité des clauses réservant aux donneurs d'ouvrage la faculté de ne retenir ni la soumission la plus basse ni aucune autre soumission à la suite d'un appel d'offres a été reconnue par la Cour suprême du Canada, en 1999, dans l'affaire *M.J.B. Enterprises*². Depuis cet arrêt, ce principe a été maintes fois repris par les tribunaux québécois³. Toutefois, bien que la validité des clauses de réserve ait été reconnue et maintes fois confirmée, de telles clauses ne sauraient pour autant être appliquées de façon absolue, et ce, puisque des conditions strictes régissent leur utilisation.

En effet, malgré la présence d'une clause de réserve, un appel d'offres ne peut être annulé sans motif valable⁴. Dans l'arrêt *9075-5719 Québec inc. c. Longueuil (Ville de)*, la Cour d'appel, sous la plume des juges Pelletier, Hilton et Fournier, s'exprimait ainsi quant au droit d'utiliser la clause de réserve :

L'appelante a raison d'affirmer qu'un propriétaire ne peut décider sans motif valable d'annuler un appel d'offres pour en tenir un second. Un tel comportement peut constituer un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi, qui comporte celle de traiter les soumissionnaires équitablement, en allouant injustement une seconde chance aux autres soumissionnaires, et ce même en présence d'une clause de réserve.⁵

[Notre soulignement]

La bonne foi du donneur d'ouvrage⁶, l'absence d'intention de contourner le processus d'appel d'offres⁷ ainsi que le respect des conditions du contrat A⁸ constituent des balises qui permettent d'évaluer la suffisance du motif d'annulation invoqué.

Les tribunaux québécois se sont penchés à de nombreuses reprises sur différentes situations donnant ouverture à l'utilisation d'une clause de réserve. À titre d'exemple, le prix excessif de la plus basse soumission, par rapport au budget alloué pour le contrat ou à l'estimation des coûts faite par le donneur d'ouvrage, a été reconnu comme un motif valable et un cas d'ouverture à l'utilisation d'une clause de réserve⁹. L'imprécision des documents d'appel d'offres¹⁰ ou l'omission d'y inclure un document en raison d'un oubli¹¹ ont également été reconnues comme étant des motifs valables pour l'annulation d'un appel d'offres. Il en est de même pour le défaut du plus bas soumissionnaire de fournir les garanties de soumission exigées¹², pour la crainte d'un risque de poursuite judiciaire¹³ et pour l'imbroglie laissant croire à l'exercice de collusion par l'un des soumissionnaires¹⁴. Par contre, la clause de réserve ne peut être invoquée par un donneur d'ouvrage au motif qu'il est en attente d'une autorisation externe pour l'exécution de son projet alors qu'il a indiqué bénéficiaire de ladite autorisation dans ses documents d'appel d'offres¹⁵.

En matière d'appel d'offres relatif aux contrats municipaux, en plus du prix excessif de la plus basse soumission¹⁶, le manque de transparence ainsi que l'apparence d'un conflit d'intérêts et de favoritisme de la part d'une mairesse constituent des cas où l'annulation de l'appel d'offres s'impose d'elle-même¹⁷. « La volonté d'obtenir des garanties d'exécution supplémentaires de la part du futur cocontractant permet également de recourir à un nouvel appel d'offres¹⁸. [...] Un changement de la durée du contrat a également servi de fondement à une seconde mise en concurrence¹⁹. [...] La décision d'acquiescer à un équipement dont les composantes sont différentes de celui visé par une première demande pourrait justifier le rejet de toutes les soumissions et le recommencement de la procédure »²⁰.

Cependant, le fait qu'une municipalité ne fasse pas parvenir un addenda à tous les soumissionnaires, par défaut d'avoir tenu un registre de ceux-ci, ne saurait lui permettre de retarder l'ouverture des soumissions ou d'utiliser la clause de réserve pour toutes les refuser²¹.

B. La portée d'une clause de réserve

Même en présence d'un cas d'ouverture valable, « la clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres »²², lequel contient, en plus d'obligations stipulées de façon explicite, une myriade d'obligations implicites fondées sur la coutume ou l'usage, la particularité juridique d'un type de contrat, l'intention des parties ou encore l'efficacité commerciale d'un contrat²³. Voyons de quelle manière ces autres obligations limitent le champ d'application d'une clause de réserve.

- L'obligation d'accepter la soumission la plus basse

En plus de permettre aux donneurs d'ouvrage de ne retenir aucune des soumissions présentées par suite d'un appel d'offres, la clause de réserve prévoit souvent la possibilité de retenir une soumission qui ne serait pas la plus basse. Selon les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *M.J.B. Enterprises*, une telle clause de réserve permet en réalité d'élargir la notion de « soumission la plus basse » aux facteurs autres que le prix, de sorte que la soumission retenue sera techniquement la plus avantageuse, sans nécessairement présenter le plus bas prix. La Cour s'exprimait ainsi :

En d'autres termes, la décision de rejeter la soumission « basse » peut en fait être motivée par la prise en compte de facteurs qui ont une incidence sur le coût final du projet.

[...]

Le pouvoir discrétionnaire de ne pas retenir nécessairement la soumission la plus basse que s'est ménagé le propriétaire grâce à la clause de réserve, est un pouvoir qui lui permet d'avoir une vision plus nuancée des « coûts » qui ne s'arrête pas aux prix établis dans les soumissions.²⁴

Ainsi, la clause de réserve permet d'élargir la façon d'évaluer le coût d'une soumission. La soumission retenue sera toujours la plus basse, au final, mais ce ne sera pas nécessairement celle affichant le prix le plus bas. Toujours dans l'affaire *M.J.B. Enterprises* la Cour suprême cite en exemple l'arrêt *Acme Building & Construction Ltd. c. Newcastle (Town)*²⁵, dans lequel il est écrit que :

Le contrat B a été attribué au deuxième soumissionnaire le plus bas parce qu'il pouvait achever le projet dans un délai plus court que le soumissionnaire le plus bas, ce qui permettait de faire d'importantes économies et de réduire les inconvénients pour les commerces, tous les entrepreneurs ayant été invités à préciser une date d'achèvement des travaux dans leurs soumissions.²⁶

D'autres situations permettent aussi aux donneurs d'ouvrage de ne pas retenir la soumission la plus basse. Dans l'affaire *Camions Carl Thibault inc. c. Nicolet (Ville de)*²⁷, la Cour du Québec confirme le droit d'une municipalité qui se prévaut d'un mécanisme d'options dans le cadre d'un appel d'offres, d'attribuer le contrat B au plus bas soumissionnaire pour l'une des options, et ce, même s'il n'a pas produit la plus basse soumission toutes catégories confondues. Une telle décision ne porterait alors pas atteinte au principe de l'égalité des soumissionnaires :

[113] La preuve présentée ne permet pas de conclure que par la mise en place d'un mécanisme d'option et par l'exercice de choix de l'option A, la défenderesse a voulu avantager un soumissionnaire au détriment des autres. On ne peut non plus conclure à une situation de fraude, de mauvaise foi ou de faute intentionnelle de la défenderesse.

[114] Les comportements de la défenderesse dans le cadre du processus d'appel d'offres n'ont pas porté atteinte aux principes de libre concurrence, de l'égalité des soumissionnaires et de l'obtention du meilleur prix ou de la meilleure offre qui sont les objectifs du système d'appel d'offres public.

[115] Compte tenu de ce qui précède, la demanderesse n'a pas fait la preuve que la défenderesse avait manqué à ses obligations et la demande doit donc être rejetée.

Dans *Construction GCP inc. c. Ville de Saint-Jean-sur-Richelieu*²⁸, le contrat B a été attribué au deuxième plus bas soumissionnaire puisque contrairement à ce qui était exigé aux documents d'appel d'offres, Construction GCP inc., le plus bas soumissionnaire, a présenté son prix sur une base forfaitaire plutôt qu'unitaire. S'agissant d'une irrégularité majeure aux yeux de la Ville de Saint-Jean-sur-Richelieu, la soumission de Construction GCP inc. a été rejetée. La Cour a donné raison à la Ville, en se fondant sur le principe de l'égalité entre soumissionnaires :

[59] G.C.P. a modifié volontairement le bordereau de soumission en inscrivant un prix forfaitaire plutôt qu'un prix unitaire, elle a ainsi changé les conditions de l'appel d'offres. Or, un entrepreneur ne peut négocier avec le donneur d'ouvrage au stade du Contrat A, cela est contraire au principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

[60] G.C.P. et ses représentants sont certainement déçus de la tournure des événements, mais elle n'a pas prouvé de faute de la Ville pouvant entraîner sa condamnation.

[...]

[66] G.C.P. n'a pas démontré que la Ville a agi de mauvaise foi dans cette affaire.

Par ailleurs, il va de soi que malgré le fait qu'une soumission soit la plus basse, elle n'aura pas à être retenue si elle présente des éléments de non-conformité, par exemple : si le superviseur désigné dans la soumission ne remplit pas les exigences en matière d'expérience professionnelle ou encore si le prix de la main-d'oeuvre enfreint les coûts horaires fixés par décret²⁹. Il en sera de même si le plus bas soumissionnaire fait défaut de fournir les garanties requises par le contrat, comme de joindre un chèque équivalant à 10 % de la valeur de sa soumission alors que le donneur d'ouvrage considère qu'il s'agit d'un élément essentiel³⁰, ou si la garantie accompagnant la soumission souffre d'irrégularités, s'agissant d'un cautionnement souscrit par une compagnie ne détenant pas de permis pour exercer l'activité de garantie au Québec³¹. En pareille situation, le donneur d'ouvrage ne commettra aucune faute, en refusant la soumission la plus basse et toutes les autres afin de procéder à un second appel d'offres³².

- L'obligation de traiter les soumissionnaires équitablement ainsi que l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme

Il ressort de l'arrêt *Martel Building Ltd.* qu'« une clause de réserve selon laquelle ni la soumission la plus basse ni aucune soumission ne sera nécessairement retenue n'exclut pas l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement »³³, une telle obligation se justifiant dans le cadre d'un appel d'offres puisque :

L'existence présumée d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité est compatible avec l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres et bénéficie à tous les participants en cause. Sans cette condition implicite, les soumissionnaires, dont le sort pourrait être réglé à l'avance par des normes inconnues d'eux, soit engageraient des frais considérables pour l'établissement de soumissions inutiles, soit éviteraient de prendre part à l'exercice.³⁴

Cette vision a depuis été reprise par la Cour d'appel, dans l'affaire *MYG Informatique inc.* où le juge affirme que « le pollicité qui est en mesure d'invoquer une telle clause n'est pas pour autant affranchi de son obligation de traiter les soumissionnaires sur un pied d'égalité, avec équité et bonne foi »³⁵.

D'un autre côté, bien que l'obligation de traiter les soumissionnaires équitablement s'applique même en présence d'une clause de réserve, il est nécessaire de connaître l'étendue de cette obligation et son application parfois restreinte.

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Rimouski (Ville de)*, souligne ce qui suit :

Devant une dérogation ou une omission mineure dans la soumission, constatée et appréciée au moment de l'ouverture des soumissions, une municipalité peut permettre à un soumissionnaire d'apporter les corrections mineures qui s'imposent à sa soumission, après son ouverture, en autant que le principe de l'égalité des soumissionnaires est respecté. Elle n'est pas obligée de rejeter la plus basse soumission, affectée d'une irrégularité mineure.³⁶

Quant au caractère mineur d'une irrégularité, la Cour d'appel, toujours dans l'arrêt *Rimouski (Ville de)*, s'est prononcée de la façon suivante :

[31] Cela étant, la jurisprudence exige en outre que la soumission retenue soit substantiellement conforme à l'appel d'offres. Alors qu'une irrégularité majeure entraîne le rejet automatique de la soumission, il est reconnu que la municipalité dispose d'une marge de manoeuvre relativement aux soumissions affectées d'une irrégularité mineure ou accessoire.

[32] Le principe de l'égalité des soumissionnaires constitue le facteur déterminant pour qualifier une irrégularité de mineure ou de majeure. Ainsi, l'irrégularité ne doit pas avoir un effet sur le prix de la soumission ou sur une exigence de fond prévue à l'appel d'offres. Dans son ouvrage, André Langlois note que :

Le souci d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires et de ne pas favoriser injustement l'un d'entre eux constitue souvent l'élément déterminant en ce qui concerne la qualification d'une irrégularité comme secondaire ou accessoire ou comme portant sur un élément essentiel : il ne faut pas que l'omission ou l'erreur commise ait un effet sur le prix de la soumission ou sur une exigence de fond contenue à l'appel d'offres car l'acceptation d'une soumission est impossible dans les cas constituant une irrégularité majeure.

Les auteurs Jean Hétu et Yvon Duplessis écrivent pour leur part que :

Pour qualifier une irrégularité de mineure ou de majeure, le facteur déterminant est celui de l'égalité des soumissionnaires. L'irrégularité ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission. Elle ne doit pas avoir rompu l'équilibre entre les soumissionnaires, l'un des principes directeurs en matière d'adjudication de contrat par voie de soumissions publiques.

(Soulignement ajouté)

[33] En l'espèce, il est évident que l'irrégularité n'avait aucun effet sur le prix de la soumission de Structures GB.³⁷

Ces propos, visant à permettre la sélection de la soumission la moins dispendieuse, rejoignent ceux d'une décision de la Cour supérieure, dans l'affaire *Lepage c.*

*Visitation-de-la-Bienheureuse-Vierge-Marie (Paroisse)*³⁸, où la Cour rappelle l'importance de ne pas mettre les municipalités dans des situations où elles doivent accepter des soumissions ayant un prix excessif. Ainsi, lorsque le donneur d'ouvrage est une municipalité, on remarque l'orientation retenue par les tribunaux, qui cherchent à atteindre l'objectif du législateur, soit celui d'assurer des services aux contribuables au meilleur prix. Cet objectif se dégage entre autres du *Code municipal du Québec*³⁹.

La Cour d'appel s'est à nouveau prononcée, en 2017, sur la qualification d'irrégularité majeure ou mineure ainsi que sur la marge d'appréciation laissée aux municipalités, dans l'affaire *Tapitec inc. c. Ville de Blainville*⁴⁰, en reprenant les propos tenus par le juge Thibault de la Cour d'appel dans l'arrêt *R.P.M. Tech*⁴¹ rendu en 2004 :

[17] Dans l'arrêt *R.P.M. Tech*, le juge Thibault, s'appuyant sur la doctrine, rappelle que la municipalité jouit d'une certaine latitude dans l'analyse de la conformité des soumissions et qu'elle doit éviter de s'en tenir à un formalisme qui empêcherait d'atteindre les buts visés par un appel d'offres, soit l'obtention du meilleur prix, tout en permettant le jeu de la concurrence. En effet, un formalisme rigoureux serait de nature à nier les avantages du recours à la procédure d'appel d'offres. Toutefois, cette latitude ne permet pas à une municipalité d'accepter une soumission portant une irrégularité majeure :

[27] Certes, la Ville jouit d'une certaine latitude dans l'analyse de la conformité des soumissions. Ainsi, il faut éviter de l'astreindre à un formalisme qui battrait en brèche les avantages du recours aux soumissions publiques. En revanche, cette latitude ne l'autorise pas à accepter une soumission qui comporte une irrégularité majeure de nature à saper les règles énoncées précédemment et que le législateur a privilégiées. Autrement dit, la faculté reconnue à la ville d'accepter des soumissions qui comportent des irrégularités mineures ne s'étend pas aux irrégularités majeures, à l'égard desquelles la Ville n'a aucune discrétion, et qui doivent, sous peine de nullité, entraîner le rejet de la soumission :

La municipalité doit avoir la latitude nécessaire afin que le contrat soit accordé en fonction du meilleur intérêt des contribuables. Comme les tribunaux l'ont déjà souligné : « Il existe une obligation non pas envers le plus bas soumissionnaire, mais envers le trésor public qui ne doit jamais être tenu de payer, sans une bonne raison, un prix plus élevé que nécessaire. » Si un doute se présente sur la conformité d'une soumission, il faut favoriser l'offre comportant le meilleur prix pour la municipalité. Mais dans la recherche de cet objectif, la municipalité ne doit pas affecter les principes de l'appel d'offres en faisant preuve de favoritisme et en rompant l'égalité entre les soumissionnaires. En d'autres termes, une municipalité peut faire preuve d'une certaine souplesse dans l'examen du cahier des charges et des soumissions, mais pas au point de causer un préjudice à certains soumissionnaires. C'est pourquoi la jurisprudence distingue entre les irrégularités mineures qui ne portent pas atteinte aux objectifs de l'appel d'offres et celles qui touchent les objectifs fondamentaux du processus d'adjudication par voie de soumissions. La discrétion municipale ne peut s'exercer que pour la première catégorie d'irrégularités.

Lorsqu'il s'agit d'une irrégularité majeure qui met en cause les principes qui sont à la base du processus d'adjudication des contrats municipaux par voie de demande de soumissions, la municipalité ne peut permettre aucune correction et doit refuser la soumission en la jugeant non conforme. Bref, une municipalité ne peut mettre de côté une exigence essentielle de l'appel d'offres.

[Soulignements dans l'original]

[18] Pour être qualifiée de majeure, une irrégularité doit découler d'un manquement à une exigence essentielle ou substantielle de l'appel d'offres. Ce sera le cas lorsqu'elle affecte l'égalité entre les soumissionnaires :

[28] Pour qualifier une irrégularité de mineure ou de majeure, le facteur déterminant est celui de l'égalité des soumissionnaires. L'irrégularité ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission ; elle ne doit pas avoir rompu l'équilibre entre les soumissionnaires, l'un des principes directeurs en matière d'adjudication de contrat par voie de soumissions publiques :

Le souci d'assurer l'égalité entre les soumissionnaires et de ne pas favoriser injustement l'un d'entre eux constitue souvent l'élément déterminant en ce qui concerne la qualification d'une irrégularité comme secondaire ou accessoire ou comme portant sur un élément essentiel : il ne faut pas que l'omission ou l'erreur commise ait un effet sur le prix de la soumission ou sur une exigence de fond contenue à l'appel d'offres.

[19] En définitive, c'est toutefois l'intégrité même du processus d'appel d'offres qui demeure la considération principale et le fait de renoncer à une condition de qualification peut, en certaines circonstances, affecter cette intégrité malgré que cela n'ait pas d'effet sur les prix proposés par les soumissionnaires. L'analyse relative à la conformité d'une soumission doit donc être effectuée en tenant compte également de cette possibilité.

[20] Pour la mener à bien, les auteurs Giroux et Jobidon proposent de poser et répondre à trois questions : 1) l'exigence est-elle d'ordre public ? 2) les documents d'appels d'offres indiquent-ils expressément que l'exigence constitue un élément essentiel ? et 3) à la lumière des usages, des obligations implicites et de l'intention des parties, l'exigence traduit-elle un élément essentiel ou accessoire de l'appel d'offres ?

L'orientation maintenue par la Cour d'appel au cours des dernières années devrait amener les soumissionnaires qui se sentent lésés, dans le cadre d'un processus d'appel d'offres au terme duquel leur soumission n'a pas été retenue, à tenir compte de l'importance du respect accordé aux fonds publics dans l'évaluation de la pertinence de leur recours. En effet, considérant la marge de manœuvre laissée aux donneurs d'ouvrages à la lumière de ce principe, les tribunaux semblent faire preuve d'une certaine déférence à leur égard, dans les cas où la protection des fonds publics est invoquée pour justifier une décision. Toutefois, les donneurs d'ouvrages, qu'il s'agisse ou non d'une municipalité, ne pourront utiliser le prétexte de la protection des fonds publics pour rejeter une soumission dont le prix est pourtant justifié et qui respecte les exigences des documents d'appel d'offres ainsi que de l'ordre public.

II- L'OUVERTURE D'UN SECOND APPEL D'OFFRES SUITE À L'ANNULATION DU PROCESSUS

Le contexte d'annulation d'un appel d'offres abordé dans le présent article n'implique pas l'annulation du projet pour lequel le donneur d'ouvrage a enclenché ce processus au départ. Ainsi, une fois que le donneur d'ouvrage se sera prévalu de la clause de réserve pour annuler l'appel d'offres en cours, il lancera généralement un second processus afin de réaliser son projet. Dans le cadre du retour en appel d'offres, le donneur d'ouvrage aura l'occasion de clarifier ou de modifier les documents produits la première fois, en tenant compte des motifs ayant justifié l'utilisation de la clause de réserve. À cette occasion, les soumissionnaires pourront prendre part au jeu de la concurrence pour une seconde fois, mais devront tenir compte des conséquences possibles de leurs actions.

A. L'atteinte au traitement équitable des soumissionnaires lors du retour en appel d'offres

Au cours des dernières années, les tribunaux québécois se sont prononcés à plusieurs reprises sur l'application des principes énoncés dans les arrêts *M.J.B.*⁴² et *Martel Building Ltd*⁴³, lorsqu'un donneur d'ouvrage annule un premier appel d'offres et reprend le processus pour une deuxième fois en maintenant des conditions quasi identiques. Plusieurs soumissionnaires ont tenté de faire valoir, devant les tribunaux, que l'annulation du premier appel d'offres faisant suite à l'ouverture des offres déposées constituait une atteinte au traitement équitable des soumissionnaires, en ce que l'information du premier appel d'offres était connue de tous les aspirants⁴⁴.

Or, la position des tribunaux québécois nous montre qu'il n'y a aucune iniquité pour les soumissionnaires, considérant que ces derniers possèdent tous les mêmes informations, donc qu'aucun d'entre eux ne se trouve avantagé d'une quelconque manière face à cette situation. À cet effet, la Cour supérieure s'exprimait ainsi dans *9153-5955 Québec inc. c. Saint-Liguori (Municipalité de)*⁴⁵ :

[51] De l'avis du Tribunal, il n'y a pas d'atteinte au traitement équitable des soumissionnaires. Le deuxième appel d'offres n'a pas avantagé les autres soumissionnaires au détriment de 9153. Tous les soumissionnaires avaient les mêmes informations relativement aux soumissions initialement présentées. Il n'y a donc pas de déséquilibre.

En 2012, dans l'affaire *9075-5719 Québec inc. c. Longueuil (Ville de)*⁴⁶, la Cour d'appel s'est prononcée dans le même sens :

Le principe du traitement équitable des soumissionnaires est suffisamment protégé par l'exigence que le propriétaire n'annule pas le premier appel d'offres sans motif valable. Si les soumissionnaires disposent des mêmes informations à la suite de l'annulation du premier appel d'offres, il n'y a pas de déséquilibre entre eux.

Dans cette affaire, en première instance, l'honorable Daniel W. Payette, j.c.s., commentait ces principes de façon similaire :

Il est vrai qu'AES en profite pour réduire ses prix dans le but d'obtenir le contrat au détriment de sa concurrente. Il est vrai que si Longueuil n'annule pas le premier appel d'offres, c'est L'Air qui ressort gagnante.

Cependant, non seulement la décision d'annuler le premier appel d'offres et d'entreprendre un deuxième processus n'a-t-il pas pour but de favoriser AES, il n'a pas comme conséquence de la favoriser non plus. En effet, les deux entreprises demeurent sur le même pied. Elles possèdent les mêmes informations, savent ce que l'autre a offert précédemment.

L'Air en Fête décide de maintenir ses prix et d'exiger la même marge de profit. AES décide de les brader. Ce sont là des décisions d'affaires qu'elles étaient

libres de prendre. Longueuil n'en est pas responsable.⁴⁷

Dans le cas d'annulation d'un appel d'offres en raison des prix excessifs des soumissions reçues, la Cour supérieure émettait le commentaire suivant :

Il est vrai comme le signale le Juge Landry dans l'affaire *Bédard* que les nouveaux soumissionnaires auront pris connaissance des prix soumis par leurs concurrents et que celui qui aurait décidé de ne pas soumettre d'offres dans le délai prescrit verrait par le second appel d'offres ce délai étendu et aurait l'avantage de connaître les premières offres. C'est là un désavantage dont souffriraient les premiers soumissionnaires mais qui résulterait de leur défaut de se faire une concurrence valable en soumettant des prix raisonnables.

Par contre, décider à l'opposé serait exposer les autorités municipales à devoir accepter des soumissions à des prix excessifs avec comme seule alternative de faire les travaux eux-mêmes.⁴⁸

B. L'effet de la participation au second appel d'offres

S'il est d'avis que le premier appel d'offres a été annulé sans motif valable, le plus bas soumissionnaire peut être tenté de soumissionner à nouveau, parfois à moindre coût afin de maximiser ses chances de l'emporter, et ce, tout en intentant une action contre le donneur d'ouvrage pour perte de profits.

Entre autres, cette situation s'est produite dans l'affaire *Ed Brunet et Associés Canada inc.*⁴⁹. Il ressort de cette affaire que même lorsque l'annulation de l'appel d'offres est fautive, l'entreprise qui décide de soumissionner une deuxième fois prend une décision d'affaires constitutive de renonciation à tout recours découlant du premier appel d'offres à l'encontre du donneur d'ouvrage. De l'avis de la Cour supérieure, on ne peut espérer jouer sur deux fronts, d'une part en participant de plein gré à un processus que l'on estime nul et, d'autre part, en réclamant compensation en raison de cette nullité.

Malheureusement, bien que cette affaire ait été portée en appel, la Cour d'appel n'a pas eu à traiter spécifiquement de cette question, mais a plutôt dû se pencher sur le caractère fautif ou non de l'annulation de l'appel d'offres, pour finalement en conclure que l'annulation était justifiée dans les circonstances⁵⁰.

La question de la renonciation aux recours faisant suite à la participation à un deuxième appel d'offres n'a donc pas expressément été traitée à ce jour par la Cour d'appel. Toutefois, le raisonnement de l'honorable Luc Lefebvre quant à la renonciation aux recours, dans l'affaire *Ed Brunet et Associés Canada inc.*⁵¹, a été repris à plusieurs reprises par ses collègues⁵², notamment dans *Transport Larivière et Fils inc. c. Wentworth-Nord (Municipalité de)* :

[46] Tout comme l'a décidé dans l'affaire *Ed Brunet*, en se basant notamment sur trois jugements rendus par la Cour supérieure, le Tribunal estime qu'en soumissionnant lors du deuxième appel d'offres, Larivière inc. a renoncé à tout recours en dommages contre la Municipalité résultant du premier appel d'offres.

[47] Si Larivière inc. avait été convaincue de ses droits, elle aurait pu dès le 10 juillet 2006, attaquer la décision de la Municipalité de retourner en appel d'offres plutôt que de lui octroyer le contrat. Elle a au contraire pris un risque, soit de ne pas obtenir le contrat si sa soumission était encore supérieure à celle des autres soumissionnaires. D'ailleurs, si elle avait été quelque peu inférieure, elle aurait obtenu le contrat. Ce n'est qu'après avoir constaté qu'elle était de nouveau trop élevée, qu'elle a décidé de mettre la Municipalité en demeure de lui octroyer le contrat en vertu du premier appel d'offres et ensuite de la poursuivre en dommages.⁵³

Selon l'auteur André Langlois, qui s'était prononcé sur cette même question en 2014, il ne faudrait pas tenir rigueur aux soumissionnaires de vouloir protéger leurs droits en participant au second appel d'offres :

[...] la cour d'appel ne s'est pas encore prononcée sur la valeur d'un tel argument. Pour notre part, nous sommes d'avis qu'il ne devrait pas prévaloir et que la question à trancher par le tribunal devrait plutôt consister à déterminer si la décision d'annuler le premier appel d'offres repose ou non sur des motifs raisonnables. Dans le cas où la prépondérance de la preuve démontre l'absence de tels motifs, nous ne croyons pas qu'il faille tenir rigueur au soumissionnaire de vouloir protéger en quelque sorte ses arrières par sa réponse au second appel d'offres.⁵⁴

Par contre, suivant les principes énoncés par la Cour supérieure dans la décision *Transport Larivière et Fils inc.*⁵⁵, un soumissionnaire lésé qui veut avoir une chance de récupérer sa perte de profits doit contester l'annulation du premier appel d'offres, sans toutefois participer au second. Ce dernier pourra alors réclamer la perte de profits, attribuable à la faute du donneur d'ouvrage commise lorsqu'il ne s'est pas conformé aux obligations implicites du contrat A, sous réserve de faire une preuve prépondérante de son préjudice⁵⁶.

Toutefois, un certain paradoxe se pose dans un tel cas. En effet, en vertu des règles d'indemnisation en droit québécois, le créancier d'une obligation doit, lorsqu'il constate l'inexécution du débiteur, tenter de réduire l'impact de cette inexécution. L'auteur Baudouin rappelle de la manière suivante la justification derrière cette règle :

Agir autrement constitue, en droit civil, un comportement fautif, parce que contraire à la conduite d'une personne normalement prudente et diligente. Le défaut du créancier de minimiser son préjudice mène à une réduction de l'indemnisation qui lui serait autrement allouée. Lorsque le créancier ne réduit pas ses pertes, il est difficile de prétendre que le dommage a été entièrement causé par le fait du débiteur, même si celui-ci en est à l'origine. Les tribunaux n'admettent donc pas que le créancier réclame la partie des dommages qu'il a subis et qu'il aurait pu raisonnablement éviter en se comportant avec prudence, diligence et bonne foi.⁵⁷

Cette règle générale semble très mal se transposer dans un contexte d'annulation d'appel d'offres. Certes, la participation au deuxième appel d'offres peut constituer une sorte de confirmation de la volonté du soumissionnaire de renoncer à invoquer la nullité du premier appel d'offres, au sens de l'article 1423 du *Code civil du Québec*. Par contre, ne s'agirait-il pas là d'un frein à la possibilité de minimiser ses dommages ? En un sens, en participant au second appel d'offres, le soumissionnaire tente de réduire sa perte de profits, et ce, malgré son désaccord avec la procédure du donneur d'ouvrage.

Dans *Transport Larivière et Fils inc.*⁵⁸, le soumissionnaire demandeur a essayé de justifier sa participation au second appel d'offres par une tentative de minimisation de ses dommages, mais le tribunal a ignoré ce motif et a réitéré, à l'instar de la Cour supérieure dans l'affaire *Ed Brunet*, que la participation au second appel d'offres constitue une renonciation aux recours du soumissionnaire à l'encontre du donneur d'ouvrage.

Depuis, la Cour supérieure, dans l'affaire *Inter-Cité Construction Itée*⁵⁹, en 2015, est venue nuancer l'approche qu'elle avait adoptée dans l'affaire *Ed Brunet*, dans un cas où le soumissionnaire lésé met en demeure le donneur d'ouvrage avant de participer au second appel d'offres :

3.2. Soumission sur le nouvel appel d'offres

[168] La décision d'Inter-Cité de soumissionner en janvier 2011 sur le nouvel appel d'offres pour le Projet ne peut être considérée comme une renonciation de sa part à obtenir indemnisation pour son préjudice en lien avec le premier appel d'offres.

[169] Il convient d'abord de rappeler qu'une renonciation à un droit, quoiqu'elle puisse être tacite, doit néanmoins être claire et non équivoque. Il n'en est rien ici, bien au contraire. Ainsi, avant même que le MTQ lance le nouvel appel d'offres, Inter-Cité met le MTQ en demeure, par lettre du 7 octobre 2010, de lui verser plus de 1,5 million de dollars en compensation de ses dommages, résultant de la tardivité du MTQ à lui octroyer le contrat et de l'annulation de l'appel d'offres,

dommages qu'elle subit encore à cette date. Puis, par lettre du 23 novembre, elle avise le MTQ que la somme de 5 000 \$ que celui-ci lui a versée « ne peut être considérée comme étant la seule réparation de tous les dommages subis par Inter-Cité » ni comme une acceptation par celle-ci d'un règlement final. Inter-Cité « entend réclamer pour l'ensemble des dommages qu'elle a subis », ce qu'elle fait promptement, en introduisant son recours en l'instance dès le 24 novembre.

[170] Les faits dans le cas présent se distinguent nettement de ceux décrits dans les divers jugements mis de l'avant par le MTQ⁶⁰. Notamment, dans ces affaires, la partie qui se disait lésée avait attendu après l'ouverture des soumissions, à la suite de l'appel d'offres le plus récent, avant de faire valoir sa réclamation, par mise en demeure ou par procédure.

[Nos soulignements]

L'appel de cette décision par le ministère des Transports du Québec portait sur des questions distinctes de celles qui nous intéressent et a été rejeté par la Cour d'appel en 2017⁶¹. Selon le principe découlant de la décision de la Cour supérieure et avec lequel les soumissionnaires sont en parfait accord, un soumissionnaire pourrait prendre part au deuxième appel d'offres, après l'annulation du premier, sans renoncer à ses recours, en prenant soin de mettre le donneur d'ouvrage en demeure avant de produire sa seconde soumission. En agissant ainsi, le soumissionnaire mitigerait ses dommages tout en s'assurant de ne pas se voir opposer une renonciation, dans le cas où il déciderait de produire une réclamation pour sa perte de profits découlant de l'annulation du premier appel d'offres. Cette ouverture de la part de la Cour supérieure, depuis qu'elle s'était prononcée sur une question similaire dans l'affaire *Ed Brunet* en 2011, nous apparaît comme une avancée logique permettant de respecter les principes applicables en matière d'appel d'offres, tout en tenant compte de l'obligation de mitigation des dommages généralement applicable en droit civil.

Nous recommandons donc à tout soumissionnaire ayant participé à un premier appel d'offres faisant l'objet d'une annulation et qui désire prendre part à un deuxième appel d'offres de transmettre une mise en demeure au donneur d'ouvrage, en termes clairs et contenant le détail de sa réclamation, et ce, avant de produire une seconde soumission. Une telle mise en demeure devrait évidemment contenir une mention non équivoque indiquant que la participation au second appel d'offres ne saurait d'aucune façon être constitutive de renonciation à l'égard de quelque recours que ce soit pouvant découler du premier appel d'offres, notamment une réclamation pour perte de profits. En agissant de cette façon et dans cet ordre, nous estimons, à la lumière du passage précité tiré de la décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *Inter-Cité Construction Itée*, que le donneur d'ouvrage ne pourra opposer une renonciation de recours au soumissionnaire.

À cet égard, toujours en 2015, la Cour supérieure s'est de nouveau penchée sur une situation similaire, en s'exprimant ainsi dans l'affaire *9153-5955 Québec inc. c. Saint-Liguori (Municipalité de)* :

[13] Le 22 août 2011, 9153 transmet à la Municipalité une déclaration conforme à la politique de gestion dûment complétée et signée par son représentant. Malgré ce qui précède, à la même date, la Municipalité publie un nouvel appel d'offres contenant cette fois les mentions exigées par la nouvelle politique de gestion contractuelle et dont l'ouverture des enveloppes est prévue pour le 6 septembre 2011.

[14] Le 23 août 2011, 9153 met la Municipalité en demeure de lui octroyer le contrat de déneigement des chemins publics, et l'avise que si elle dépose une soumission à la suite du deuxième appel d'offres se terminant le 6 septembre 2011, celle-ci ne pourra être considérée comme un aveu ou une renonciation à un recours contre la Municipalité.

[15] Le 6 septembre 2011, 9153 dépose une deuxième soumission conforme pour le même montant que la première. Le même jour, Brouillette dépose elle aussi une deuxième soumission conforme à la première mais, cette fois, au montant de 590 755,54 \$, soit 73 983,24 \$ de moins que sa première soumission.⁶²

Concluant à l'absence de faute du donneur d'ouvrage dans le cadre du premier appel d'offres, le tribunal ne statue pas sur la renonciation du soumissionnaire à son recours par suite de sa participation au second appel d'offres. Or, en l'absence de commentaire du tribunal à l'effet contraire, nous sommes d'avis qu'à l'instar de ce qui a été décidé par la Cour supérieure dans l'affaire *Inter-Cité Construction Itée*, la transmission d'une mise en demeure au donneur d'ouvrage avant la participation au second appel d'offres aurait permis à 9153-5955 Québec inc. d'éviter de se voir opposer une renonciation de recours, et ce, si ledit recours avait été justifié. Toutefois, bien que cette inférence nous apparaisse logique en l'espèce, les propos tenus par le juge ne sont pas de nature à constituer une confirmation du principe découlant de la décision précédente.

C. Le recours en recouvrement de profits anticipés

Comme indiqué précédemment, le plus bas soumissionnaire conforme dans le cadre d'un premier appel d'offres peut intenter un recours, à la suite de l'annulation fautive de ce premier appel d'offres, afin de recouvrer le montant équivalant aux profits qu'il aurait réalisés s'il avait obtenu le contrat d'exécution envisagé. Une telle situation se présente généralement lorsque ce soumissionnaire n'obtient pas le contrat après le retour en appel d'offres. Toutefois, considérant que le retour en appel d'offres peut constituer une occasion de bonifier sa soumission, notamment en diminuant son prix, il arrive que le plus bas soumissionnaire conserve son statut aux termes du second processus d'appel d'offres et obtienne le contrat envisagé à un prix moins élevé que celui initialement soumis, alors que sa soumission est demeurée inchangée. Dans un tel contexte, le soumissionnaire bénéficie-t-il toujours de la possibilité de réclamer au donneur d'ouvrage le montant équivalant à sa perte de profits, soit la différence entre le prix de sa première soumission et celui de sa seconde ?

Or, une telle question a été soumise en 2011 à la Cour supérieure, dans l'affaire *Ed Brunet*⁶³, mais n'a pas été étudiée dans le cadre de l'appel⁶⁴, lequel a été rejeté. Dans cette affaire déjà abordée dans le présent article, le juge de première instance considère l'annulation de l'appel d'offres fautive, mais il conclut à une renonciation de l'appelante à son recours, vu sa participation au second appel d'offres, tel qu'il appert de l'extrait suivant de cette décision de la Cour supérieure :

[66] En l'espèce, Brunet inc a décidé de soumissionner lors du deuxième appel d'offres et a remporté le contrat. La preuve est prépondérante que le profit qu'elle a retiré du contrat obtenu lors du deuxième appel d'offres est de 180 907,85 \$ inférieur au profit qu'elle aurait réalisé si le contrat lui avait été octroyé lors du premier appel d'offres.

[67] Si Brunet inc. a soumissionné une deuxième fois, c'est qu'elle tenait à tout prix à obtenir ce contrat comme son président l'a admis.

[...]

[73] En conclusion, le Tribunal estime que Brunet inc. a pris une décision d'affaires en soumissionnant une deuxième fois. En ce faisant, elle prenait un risque, mais devait par contre en assumer les conséquences, soit de renoncer à invoquer les irrégularités pouvant découler de l'annulation du premier appel d'offres. Il est faux de croire qu'elle pouvait être gagnante sur tous les fronts quoiqu'il arrive.

[74] Si perte de profit elle a subie, celle-ci résulte de sa propre décision de soumissionner à un prix de beaucoup inférieur à sa première soumission.

[Nos soulignements]

Considérant la conclusion du tribunal selon laquelle la participation au second appel d'offres constitue une renonciation au recours du soumissionnaire pour perte de profits, il est difficile de voir dans cette décision une réponse claire à la question susmentionnée. Toutefois, le commentaire formulé au paragraphe 74 reproduit ci-devant nous amène à croire que l'obtention du contrat pour un prix plus bas par suite du second appel d'offres serait difficilement conciliable avec une réclamation pour perte de profits. Bien que la Cour d'appel conclue, contrairement à la Cour supérieure, que l'annulation de l'appel d'offres n'était pas fautive, elle rejette l'appel en ne commentant

pas davantage la décision du soumissionnaire de produire une deuxième soumission plus basse.

La Cour d'appel a aussi eu à aborder une question semblable, dans l'affaire *9075-5719 Québec inc. c. Longueuil (Ville de)*. Dans l'extrait de cet arrêt reproduit à la sous-section A de la section II du présent article, on peut lire que : « L'Air en Fête décide de maintenir ses prix et d'exiger la même marge de profit. AES décide de les brader. Ce sont là des décisions d'affaires qu'elles étaient libres de prendre, Longueuil n'en est pas responsable »⁶⁵. La situation en cause est telle qu'on la voit souvent : le plus bas soumissionnaire perd son statut dans le cadre du second appel d'offres, n'ayant pas, contrairement à ses concurrents, diminué le prix de sa soumission. Or, l'annulation du premier appel d'offres dans cette affaire n'est pas jugée fautive.

Il ressort des deux décisions précédentes que les tribunaux ne semblent pas être enclins à tenir un donneur d'ouvrage responsable de la perte de profits découlant de la décision d'un soumissionnaire de diminuer le prix de sa soumission pour augmenter ses chances d'obtenir un contrat lors du retour en appel d'offres. Toutefois, dans ces deux situations, le recours du soumissionnaire est rejeté pour des motifs autres que l'obtention du contrat envisagé aux termes du second appel d'offres. Ainsi, les commentaires émis relativement à cet élément laissent planer une part d'incertitude quant à la possibilité de produire une réclamation dans une telle situation.

Ceci dit, tenant pour acquis que l'annulation du premier appel d'offres a été faite de manière fautive et que le soumissionnaire a mis le donneur d'ouvrage en demeure avant de soumissionner à nouveau, une réponse positive à notre questionnement nous apparaît tout de même plausible. Qui plus est, dans la mesure où le seul élément modifié dans la seconde soumission produite est son prix, l'attribution du contrat B au soumissionnaire demeuré en tout temps le plus bas constitue une confirmation de sa conformité et, donc, du fait que le contrat aurait pu lui être attribué dès le départ. Dans ce contexte, le retour en appel d'offres pourrait être considéré comme une manière détournée de négocier le prix à la baisse, en abusant du jeu de la concurrence. À notre avis, cela pourrait être assimilé à de la mauvaise foi de la part du donneur d'ouvrage, bien qu'il ne puisse, en principe, s'agir d'une atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires qui sont tous lésés. Néanmoins, nous n'avons répertorié aucune décision appliquant un tel raisonnement dans le contexte en question.

La prise en considération du principe de protection des fonds publics dans le cadre d'un appel d'offres effectué par une municipalité nous amène toutefois à nuancer les propos susmentionnés. Tenant toujours pour acquis que l'annulation du premier appel d'offres est faite de manière fautive et qu'elle ne saurait être justifiée par le principe mentionné ci-devant, nous demeurons d'avis qu'une réclamation pourrait être justifiée, et ce, même à la suite de l'obtention du contrat par le soumissionnaire.

En définitive, nous estimons qu'il devrait être possible pour un soumissionnaire de réclamer du donneur d'ouvrage sa perte de profits faisant suite à l'obtention du contrat B dans le cadre d'un second appel d'offres, pour un prix inférieur à celui soumis dans le cadre d'un premier appel d'offres, dans la mesure où l'annulation du premier a été faite de manière fautive et qu'une mise en demeure exposant les éléments mentionnés précédemment a été transmise au donneur d'ouvrage avant la seconde soumission.

CONCLUSION

L'analyse des cas d'application des clauses de réserve en matière d'appel d'offres permet de retenir certains principes d'importance. La validité de ces clauses et leur portée, dans la détermination de la soumission la plus basse, ne sont plus mises en doute. Il est par ailleurs bien établi que de telles clauses ne sauraient permettre au donneur d'ouvrage de retenir une soumission présentant un élément de non-conformité majeur ou de se soustraire à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. En effet, la bonne foi et toutes les obligations qui en découlent pour le donneur d'ouvrage doivent demeurer maîtres des agissements de ce dernier.

Bien que ces principes soient appliqués de façon relativement constante par les tribunaux québécois, le doute plane toujours quant aux conséquences du retour en appel d'offres après l'utilisation d'une clause de réserve. Plus précisément, la participation à un second appel d'offres par un soumissionnaire ayant pris part au premier exercice d'appel d'offres demeure source d'incertitude, s'il estime bénéficier d'un recours à l'encontre du donneur d'ouvrage n'ayant *a priori* retenu aucune soumission. En effet, la jurisprudence traitant de cette question, en plus d'être peu abondante, comporte un degré de contradiction suffisant pour justifier une certaine crainte de perte de recours de la part du soumissionnaire.

Toutefois, nous sommes d'avis qu'un soumissionnaire prudent, qui s'assure de mettre le donneur d'ouvrage en demeure avant de participer à un second appel d'offres, peut invoquer la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Inter-Cité*, au soutien de son argumentation voulant que la transmission de sa seconde soumission n'équivaille pas à une renonciation à ses recours. Par ailleurs, considérant l'obligation de mitigation des dommages, nous estimons que les tribunaux devraient appliquer ce principe aux litiges qui seront présentés devant eux dans le futur.

* M^{ES} Mathieu Ayotte et Reynald Poulin sont associés au sein du cabinet Beauvais Truchon, s.e.n.c.r.l., beauvaistruchon.com.

Les auteurs tiennent à remercier M^{ES} Alexandra B. Lapointe et Dominic Labbé pour leur précieuse collaboration quant à la rédaction du présent article.

1. [1981] 1 R.C.S. 111, [EYB 1981-149215](#).

2. *M.J.B. Entreprises c. Construction de défense (1951) Ltd*, [1999] 1 R.C.S. 619, [REJB 1999-11937](#).

3. À titre d'exemple, voir les décisions suivantes : *Roxboro Excavation inc. c. Québec (Procureur général) (Ministère des Transports)*, 2015 QCCS 2829, [EYB 2015-253675](#) (confirmée en appel : 2016 QCCA 1908, [EYB 2016-273348](#)) ; *Sky Jet MG inc. c. Centre intégré de santé et de services sociaux*, 2017 QCCS 6046, [EYB 2017-289185](#) (déclaration d'appel et d'appel incident déposés en janvier 2018) ; *Limocar Roussillon inc. c. Conseil intermunicipal de transport Roussillon*, 2007 QCCS 909, [EYB 2007-116050](#) ; *Entreprises de construction O.P.C. inc. c. Complexe hospitalier de la Sagamie*, [EYB 2005-85529](#) (C.S.).

4. *Ed Brunet et Associés Canada inc. c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (CHVO)*, 2011 QCCS 271, [EYB 2011-185674](#) (confirmée en appel : 2013 QCCA 529, [EYB 2013-219827](#)).

5. 2012 QCCA 246, [EYB 2012-201949](#), par. 9.

6. *Inter-Cité Construction ltée c. Québec (Procureure générale) (Ministère des Transports)*, 2015 QCCS 4365, [EYB 2015-256971](#) (confirmée en appel : 2017 QCCA 1525, [EYB 2017-285277](#)).

7. *9075-5719 Québec inc. c. Longueuil (Ville de)*, préc., note 5.

8. *MYG Informatique inc. c. Commission scolaire René-Lévesque inc.*, 2006 QCCA 1248, [EYB 2006-110248](#), par. 43.

9. *Entreprises R & G St-Laurent inc. c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 953, [EYB 2013-222580](#) ; *Sky Jet MG inc. c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Côte-Nord*, préc., note 3 ; *Lepage c. Visitation-de-la-Bienheureuse-Vierge-Marie(Paroisse)*, [EYB 1982-140318](#) (C.S.C.).

11. *9153-5955 Québec inc. c. Saint-Liguori (Municipalité de)*, 2015 QCCS 4378, [EYB 2015-256952](#).

13. *Distribution Jean Blanchard inc. c. Régie de gestion des matières résiduelles de Manicouagan*, 2016 QCCS 4417, [EYB 2016-270411](#).

14. *Roxboro Excavation inc. c. Québec (Procureur général) (Ministère des Transports)*, préc., note 3.

15. *Inter-Cité Construction ltée c. Québec (Procureure générale) (Ministère des Transports)*, préc., note 6.
17. *Entreprises Léopold Bouchard & Fils inc. c. St-Tharcisius (Municipalité de)*, 2012 QCCS 4071, [EYB 2012-210564](#).
18. *Beauchesne c. Becancour (Ville)*, [EYB 1984-142695](#) (C.A.), par. 11 et 19.
19. *Henri Girard (Québec) inc. c. St-Rédempteur (Ville)*, J.E. 90-106 (C.A.), [EYB 1989-58451](#), par. 18.
20. *Centre Routier inc. c. St-Luc-de-Matane (Corporation municipale de la paroisse)*, [EYB 1992-75253](#) (C.S.), par. 8 et 13 ; voir également à cet effet : André LANGLOIS, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 292-293.
21. *6592031 Canada inc. c. Pontiac (Municipalité de)*, 2013 QCCQ 13282, [EYB 2013-228957](#).
22. *M.J.B. Entreprises c. Construction de défense (1951) Ltd*, préc., note 2, par. 44.
23. *Ibid.*, par. 27.
24. *Ibid.*, par. 46.
25. (1992), 2 C.L.R. (2d) 308 (C.A. Ont.).
26. *M.J.B. Entreprises c. Construction de défense (1951) Ltd*, préc., note 2, par. 46.
27. 2016 QCCQ 8941, [EYB 2016-271468](#).
29. *Yves Germain Construction inc. c. Hydro-Québec*, [REJB 2000-19908](#) (C.A.).
30. *Coffrage Alliance ltée c. Châteauguay (Ville)*, [REJB 2002-31612](#) (C.S.), par. 40.
31. *Norgereq ltée c. Ville de Montréal*, 2017 QCCS 1199, [EYB 2017-277937](#).
32. *Transport Larivière et Fils inc. c. Wentworth-Nord (Municipalité de)*, 2012 QCCS 1439, [EYB 2012-204926](#).
33. *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R., par. 89, [REJB 2000-21224](#).
34. *Ibid.*, par. 88.
35. *MYG Informatique inc. c. Commission scolaire René-Lévesque inc.*, préc., note 8, par. 35.
36. *Rimouski (Ville de) c. Structures GB ltée*, 2010 QCCA 219, [EYB 2010-169350](#), par. 51.
37. *Ibid.*, par. 31 à 33.
38. Préc., note 9.
39. *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1, art. [935\(7\)](#).
40. 2017 QCCA 317, [EYB 2017-276712](#).
41. *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville)*, J.E. 2004-1072 (C.A.), [REJB 2004-60675](#).
42. *M.J.B. Entreprises c. Construction de défense (1951) Ltd*, préc., note 2.
43. *Martel Building Ltd. c. Canada*, préc., note 33.
44. *Entreprises R & G St-Laurent inc. c. Québec(Procureur général)*, 2013 QCCA 953, [EYB 2013-222580](#) ; *9075-5719 Québec inc. c. Longueuil (Ville de)*, préc., note 5 ; *9153-5955 Québec inc. c. Saint-Liguori (Municipalité de)*, préc., note 11.
45. Préc., note 11.
46. Préc., note 5, par. 16.
47. 2010 QCCS 2851, [EYB 2010-176151](#), par. 79 à 81.
48. *Lepage c. Visitation-de-la-Bienheureuse-Vierge-Marie (Paroisse)*, préc., note 9, par. 20.
49. *Ed Brunet et Associés Canada inc. c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (CHVO)*, préc., note 4.
50. *Ibid.*
51. *Ibid.*
52. Voir notamment les décisions suivantes : *Entreprise Léopold Bouchard & Fils inc. c. St-Tharcisius (Municipalité de)*, préc., note 18 et *Jourdain c. Grand-Mère (Ville)*, [EYB 1983-141883](#) (C.S.).
53. Préc., note 32.
54. André LANGLOIS, « Les enseignements pour les contrats municipaux des jugements rendus par la Cour d'appel en 2013 », dans *Développements récents en droit municipal*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2014, Montréal, Éditions Yvon Blais, [EYB2014DEV2111](#).
55. *Transport Larivière et Fils inc. c. Wentworth-Nord (Municipalité de)*, préc., note 32.
56. *MYG Informatique inc. c. Commission scolaire René-Lévesque inc.*, préc., note 8, par. 63.
57. Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN, Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais inc., 2013, par. 772, [EYB2013OBL110](#).

[58.](#) *Transport Larivière et Fils inc. c. Wentworth-Nord (Municipalité de)*, préc., note 32.

[59.](#) *Inter-Cité Construction ltée c. Québec (Procureure générale) (Ministère des Transports)*, préc., note 6.

[60.](#) Le tribunal fait allusion au plan d'argumentation du ministère des Transports du Québec, sans toutefois donner les références des décisions en question.

[61.](#) 2017 QCCA 1525, [EYB 2017-285277](#).

[62.](#) Préc., note 11.

[63.](#) *Ed Brunet et Associés Canada inc. c. Centre hospitalier des Vallées de l'Outaouais (CHVO)*, préc., note 4.

[64.](#) *Ibid.*

[65.](#) Préc., note 47.

Date de dépôt : 16 mai 2018

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.
©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.