



## L'À-PROPOS JURIDIQUE CONSTRUCTION

**Décembre 2009**

Le groupe d'expertise en droit de la construction de Miller Thomson Pouliot publie périodiquement des bulletins à l'intention des clients du cabinet.

Nous vous invitons à acheminer ce courriel à toute personne (qu'elle fasse ou non partie de votre entreprise) susceptible d'être intéressée par les articles contenus dans le présent document. Vous pouvez vous abonner gratuitement à cette publication électronique en adressant un courriel à [info@millerthomsonpouliot.com](mailto:info@millerthomsonpouliot.com)

### **LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES CONTRATS OCTROYÉS AU TERME D'UNE ÉVALUATION PAR POINTAGE**



Par M<sup>e</sup> Normand D'Amour, B. Ing., LL.B.  
Montréal  
514.871.5487  
[ndamour@millerthomsonpouliot.com](mailto:ndamour@millerthomsonpouliot.com)

L'octroi de contrats de services professionnels par des corps publics se voit fréquemment régi par des processus d'appels d'offres impliquant des systèmes d'évaluation par pointage. L'émergence récente de ces systèmes d'évaluation s'explique notamment par le fait que, depuis quelques années, les municipalités sont obligatoirement tenues en vertu des lois qui les régissent, de recourir à ce type de processus pour certains contrats de services. Avec l'entrée en vigueur à l'automne 2008 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* ainsi que des Règlements adoptés sous son égide, ce sont dorénavant la grande majorité des corps publics qui sont tenus, pour les contrats de services d'envergure, de procéder à des appels d'offres impliquant des systèmes d'évaluation par pointage.

### **Contenu**

**Le contrôle judiciaire des contrats octroyés à l'issue d'une évaluation par pointage**  
Page 1

**Peut-on imposer un produit de référence dans un appel d'offres ?**  
Page 4

**Sûreté suffisante pour récupérer la retenue contractuelle : une bibitte particulière!**  
Page 5

Bien que ces systèmes d'évaluation laissent une plus grande latitude au décideur que les systèmes traditionnels basés uniquement sur le prix, les décisions rendues par les comités d'évaluation demeurent révisables devant les tribunaux lorsque les circonstances le justifient. Le jugement rendu récemment par la Cour d'appel dans l'affaire *Ville de Saguenay c. Les Évaluations B.T.F. inc.* vient d'ailleurs confirmer ce principe.

### **LES FAITS ET LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE**

La poursuite en première instance fut logée par Les Évaluations B.T.F. inc. (ci-après « BTF »). Aux termes d'un appel d'offres pour l'octroi d'un contrat de services relatif à l'évaluation foncière lancé par la Ville de Saguenay (ci-après la « Ville »), celle-ci adjuge le contrat en faveur de L'Immobilière, société d'évaluation conseil inc. (ci-après « L'Immobilière »). Selon BTF, L'Immobilière aurait dû être éliminée aux termes du processus d'évaluation annoncé au motif qu'elle n'aurait pas dû obtenir un pointage suffisant pour passer à la deuxième étape d'évaluation. La poursuite en dommages pour un montant excédant 3 M\$ sera dirigée tant contre la Ville qu'à l'encontre de L'Immobilière.

Quant au processus d'appel d'offres en question, celui-ci avait été lancé conformément aux dispositions de la *Loi sur les cités et villes*. Il comportait deux étapes successives, dont la première consistait à évaluer la qualité de chaque offre sans tenir compte du prix. Dans le cadre d'une première étape comportant une évaluation de qualité en fonction de critères préalablement définis et annoncés, le comité de sélection était ainsi appelé à noter chaque concurrent. La note minimale de passage globale pour passer à l'étape d'évaluation du prix se situait à 70%. Les critères d'évaluation annoncés comportaient un pointage maximal. Suivant la grille d'évaluation, la note de 60% signifiait que le soumissionnaire répondait en tous points au niveau de qualité recherché pour le critère évalué.



Appelé à revoir tout le processus, le juge de première instance saisi du dossier en était venu à la conclusion que pour quatre des sept critères d'évaluation annoncés, le comité de sélection n'avait pas appliqué l'échelle d'attribution de pointage annoncée ou à tout le moins avait fait preuve d'un manque de rigueur flagrant en attribuant les points. Aussi le juge en vient-il à la conclusion que si l'évaluation avait été faite correctement, L'Immobilière n'aurait pas obtenu la note de passage globale minimale de 70% nécessaire pour passer à la deuxième étape d'évaluation impliquant une pondération de son prix. Le même juge en vient de plus à la conclusion que les déclarations accompagnant la soumission de L'Immobilière comportaient des fausses déclarations, notamment sur les diplômes détenus par son personnel et sur leur expérience antérieure. Ces constats permirent au juge de première instance de condamner *in solidum*, tant la Ville que L'Immobilière à indemniser BTF pour la perte des profits escomptés sur le contrat fautivement auxquels furent ajoutés des dommages additionnels pour perte de rentabilité de l'entreprise.

#### LA DÉCISION EN APPEL

Bien qu'un des trois juges de la Cour d'appel soit dissident, les deux autres juges confirmeront le jugement rendu par la Cour supérieure. La Cour d'appel signale que la discrétion du comité de sélection dans l'évaluation des critères se trouve encadrée, non seulement par la loi et par les documents d'appel d'offres, mais aussi dans le Guide qui fut préparé par la Ville à l'intention de son comité. La Cour ajoutera :

1. Tenant compte des termes prévus dans ces trois sources d'encadrement, les soumissions devaient dans le cas présent être évaluées séparément pour l'ensemble des critères sans les comparer entre elles et encore moins en les comparant critère par critère.
2. En l'espèce, tous les critères devaient être communiqués aux soumissionnaires par écrit et par conséquent le comité de sélection ne pouvait se fonder que sur des critères ou exigences énoncés dans les documents d'appel d'offres et donc connus de tous les intéressés.
3. À propos du Guide soumis au comité pour les guider, lequel Guide s'inspirait d'un modèle préparé par le Conseil du trésor, la Cour signalera qu'il aurait été de mise de nommer les membres du comité de sélection en choisissant au moins une personne connaissant bien le domaine d'expertise visé par le contrat. La Cour critiquera ouvertement l'échelle d'attribution prévue dans le Guide qui, selon la Cour, comporte certaines incohérences, puisque suivant cette échelle, une soumission, répondant en tous points au niveau de qualité recherché, ne récolterait que 60% des points, soit un pointage insuffisant pour accéder à la seconde étape du processus; le pointage final suffisant étant en effet fixé à 70%.
4. Cette critique culminera avec la remarque suivante « *Le caractère problématique de la décision du comité n'est que la conséquence inévitable de l'existence de faiblesses majeures dans l'encadrement, par la Ville, de l'exercice de la discrétion du comité.* ».
5. Aussi, la Cour estime que dans les circonstances, la Ville n'a pas fait preuve de la rigueur qui s'imposait dans la sélection des membres de son comité (aucun ne détenant des connaissances en matière d'évaluation foncière), dans le choix de l'échelle d'attribution, dans l'utilisation du Guide et dans la procédure encadrant l'exercice de la discrétion du comité. Les défaillances du processus mis en place par la Ville pour guider et baliser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du comité



sont telles qu'elles justifient de remettre en question la fiabilité du résultat au point de rendre nécessaire l'intervention de la Cour.

6. La Cour confirmera donc que le juge était bien fondé d'annuler la résolution octroyant le contrat à L'Immobilière et de déclarer la Ville contractuellement responsable des dommages et intérêts envers BTF. Par rapport à L'Immobilière, la Cour maintiendra les conclusions du juge de première instance à l'effet que la soumission de celle-ci comportait des déclarations mensongères viciant sa soumission. Elle souligne l'importance pour tout soumissionnaire d'agir en faisant preuve de franchise avec le passage suivant : « *Le régime actuel d'appel d'offres pour des services professionnels, avec évaluation de qualité, ne saurait fonctionner efficacement si l'on ne peut entièrement se fier aux déclarations des soumissionnaires. ...La franchise est la règle et la sanction ne peut être autre que la non-conformité de la soumission.* »
7. Ainsi la Cour n'hésitera pas à condamner tant la Ville que L'Immobilière à indemniser BTF pour tous les dommages subis par celle-ci, le tout totalisant 2 488 361,08 \$ plus intérêts et frais.

Pour toute question ou commentaire, n'hésitez pas à communiquer avec l'auteur de cette chronique.

### ***PEUT-ON IMPOSER UN PRODUIT DE RÉFÉRENCE DANS UN APPEL D'OFFRES?***



Par M<sup>re</sup> Mathieu Turcotte  
Montréal  
514.871.5492  
[mturcotte@millerthomsonpouliot.com](mailto:mturcotte@millerthomsonpouliot.com)

Le processus d'appel d'offres dans le domaine de la construction, qui fait couler beaucoup d'encre dans les médias ces derniers temps, a toujours été un sujet de prédilection pour les juristes et les tribunaux. Pas étonnant, puisqu'il s'agit d'un passage obligé pour l'octroi de nombreux contrats, particulièrement les contrats publics et para-publics.

Les règles et procédures mises en place par le législateur en ce domaine, par exemple la *Loi sur les contrats des organismes publics* et ses règlements, visent essentiellement à assainir la concurrence et permettre la comparaison des soumissions reçues sur une juste base. La jurisprudence volumineuse rendue dans ce domaine a d'ailleurs confirmé les grands principes énoncés à la Loi, notamment l'obligation de transparence et le principe de l'équité entre les soumissionnaires.

Dans ce contexte s'est posée à plusieurs reprises la question de la discrétion et de la latitude pour le donneur d'ouvrage de choisir un produit de référence dans ses documents d'appel d'offres. La Cour supérieure s'est de nouveau penchée sur la question l'été dernier dans un jugement rendu dans l'affaire *Soprema inc. c. Commission scolaire du Chemin-du-Roy*.



## UN CHOIX DE PRODUIT CONTESTÉ

Depuis quelques années, la Commission scolaire du Chemin-du-Roy, dans la région de la Mauricie, a décidé de privilégier un type de membrane particulier pour les toitures de ses immeubles, soit du P.C.V. de marque Sarnafil, plutôt qu'une membrane de bitume modifié avec laquelle elle estime avoir vécu une mauvaise expérience dans le passé.

Cette décision a provoqué l'opposition de plusieurs entrepreneurs, appuyés notamment par l'Association des constructeurs de la Mauricie, qui ont demandé de faire une plus grande place aux autres produits existants sur le marché, notamment les membranes de type élastomère de Soprema, argumentant que ce choix permettrait de faire des économies substantielles par rapport aux produits en P.C.V.

S'en tenant à son évaluation, la Commission scolaire a lancé des appels d'offres en mars 2009 visant la réfection des toitures de six écoles, en exigeant l'utilisation du produit Sarnafil ou un équivalent. Cette décision a rapidement fait l'objet d'une contestation judiciaire par le biais d'une demande d'injonction visant à faire annuler le processus.

## UNE ENTRAVE À LA CONCURRENCE?

Les demandeurs à l'injonction, appuyés par la compagnie Soprema, dont on devine aisément l'intérêt, se plaignent de la présélection par la Commission scolaire d'un type de produit particulier, et d'un certain nombre de faits permettant de croire en l'absence de possibilité réelle de proposer un équivalent acceptable au produit de marque Sarnafil. Est-ce pour autant une entrave à la libre concurrence ?

Le juge Richard rappelle que les exigences posées par la jurisprudence sont de favoriser la compétition en donnant à plusieurs soumissionnaires une opportunité équitable d'obtenir le contrat, ce qui n'empêche pas le donneur d'ouvrage d'imposer un produit, voire une marque en particulier, pourvu que cette présélection ne limite pas indûment le nombre de soumissionnaires potentiels. Le juge rappelle toutefois que cette discrétion du donneur d'ouvrage doit être balisée par l'opportunité de présenter des équivalences au produit recherché.

Dans le cas du produit en P.C.V. exigé par la Commission scolaire, la preuve a permis de constater qu'un nombre amplement suffisant de couvreurs au Québec étaient qualifiés pour soumissionner. Le jeu de la concurrence, pour la Cour, était donc assuré, malgré la nette préférence de la Commission scolaire pour le produit Sarnafil. Ainsi, selon le juge Richard : «*La jurisprudence est constante, on ne peut cibler un seul soumissionnaire, car ce faisant, on empêche la libre concurrence. Mais dans le cas qui nous concerne, c'est un produit qu'on a ciblé et non pas des soumissionnaires et la preuve est à l'effet que pas moins d'une dizaine de soumissionnaires pouvaient soumettre leur prix uniquement en Mauricie.*»

Par ce jugement, la Cour supérieure réitère la discrétion d'un donneur d'ouvrage, même public, d'opter pour des matériaux, des technologies, voire des produits particuliers, pour répondre à ses besoins ponctuels, à la condition que ces choix n'aient pas pour effet d'éviter la concurrence. La cour n'interviendra dans le processus qu'en cas de fraude ou de mauvaise foi, sans autrement s'immiscer dans l'opportunité de la discrétion exercée par un donneur d'ouvrage.



**SÛRETÉ SUFFISANTE POUR RÉCUPÉRER LA RETENUE CONTRACTUELLE :  
UNE BIBITTE PARTICULIÈRE!**



*Par M<sup>e</sup> Antonio Iacovelli  
Montréal  
514.871.5483  
aiacovelli@millerthomsonpouliot.com*

Tout contrat d'entreprise engendre pour le client l'obligation d'en payer le prix. Toutefois, cette obligation peut être tempérée en vertu de certains droits de rétention prévus au *Code civil du Québec* (C.c.Q.), notamment celui prévu à l'article 2111 C.c.Q. Cet article permet au client de retenir sur le prix une somme suffisante pour satisfaire aux réserves faites quant aux vices ou malfaçons apparents qui existaient lors de la réception de l'ouvrage jusqu'à ce que l'entrepreneur fasse les réparations ou les corrections à l'ouvrage. Toutefois, ce même article 2111 interdit au client d'exercer son droit à la retenue si l'entrepreneur lui fournit une sûreté suffisante garantissant l'exécution de ses obligations.

Compte tenu de la formulation de l'article on peut s'interroger à savoir s'il y a lieu de permettre une telle substitution lorsque la réception ou non de l'ouvrage est contestée par les parties et que la question de l'existence même de vices ou malfaçons apparents fait l'objet d'un débat. Dans un tel cas, l'article 2111 trouve-t-il application ? La Cour supérieure en date du 26 juin dernier a répondu non à ces questions dans la cause portant l'intitulé *Construction Edelweiss inc. c. Municipalité de Pontiac*.

**LES FAITS**

La municipalité de Pontiac (la « Municipalité ») s'entend avec Construction Edelweiss inc. (« Edelweiss ») pour des travaux de pavage des chemins. Le contrat est d'une valeur de 1 766 217,65 \$.

Bien que les travaux semblent s'être terminés à la fin 2007, en novembre ou décembre, il n'existe aucun document faisant état de l'acceptation des travaux ou de leur réception. Il n'existe qu'une lettre la Municipalité faisant état d'une liste préliminaire des déficiences qui, quant à Edelweiss, indique qu'en effet il y a eu réception des travaux. Loin d'être d'accord sur ce point, le passage suivant d'une lettre du procureur d'Edelweiss à la Municipalité datée du 22 septembre 2008 illustre bien le différend :

*« Nous accusons réception de votre lettre du 18 septembre 2008. Dans un premier temps, nous sommes surpris de l'utilisation de l'expression "travaux correctifs en vue de l'acceptation provisoire des travaux" alors que l'acceptation provisoire a eu lieu depuis décembre 2007, date à laquelle les travaux ont été complétés et que les ouvrages ont été remis à la municipalité. »*

Outre la réception des travaux, les parties ne s'entendent d'autant moins sur l'existence sur la qualité de ceux-ci. La Municipalité passe une résolution assujettissant tout paiement à l'approbation d'une firme experte. Après deux expertises, la Municipalité en vient à la conclusion que le prix pour corriger les déficiences qu'elle allègue est de l'ordre de 620 000 \$ alors



qu'Edelweiss, tout en niant l'existence de telles déficiences, réclame toujours que la Municipalité lui restitue la somme de 571 278.52 \$ qu'elle détient à titre de retenue contractuelle.

Edelweiss poursuit donc la Municipalité au montant de 571 278.52 \$ alors que la Municipalité se porte à la fois défenderesse et demanderesse reconventionnelle pour un montant de 695 000 \$.

Par voie de requête fondée sur l'article 2111 C.c.Q., le procureur propose à la Cour de substituer à la retenue contractuelle une "garantie suffisante" au sens de cet article déposée au dossier de la Cour "pour satisfaire aux réserves faites quant aux vices et malfaçons apparents qui existaient lors de la réception de l'ouvrage". Le deuxième alinéa de l'article 2111 C.c.Q. se lit comme suit :

*« Lors du paiement, [le client] peut retenir sur le prix, jusqu'à ce que les réparations ou les corrections soient faites à l'ouvrage, une somme suffisante pour satisfaire aux réserves faites quant aux vices ou malfaçons apparents qui existaient lors de la réception de l'ouvrage. »*

#### **LA DÉCISION DU TRIBUNAL**

La cour reconnaît d'emblée qu'il soit normal qu'un entrepreneur veuille récupérer dès que possible la retenue contractuelle afférente à son contrat et qu'un procureur tente par tous les moyens légaux de la récupérer.

Toutefois, le tribunal remarque qu'il n'existe aucun cas dans la jurisprudence traitant l'article 2111 C.c.Q. semblable à celui de l'espèce. Les seuls cas ayant été retracés sont ceux où l'entrepreneur s'engage à corriger des déficiences et la relation contractuelle entre entrepreneur et client est maintenue. Dans ces cas, le débat porte plutôt sur la nomination d'un expert ou encore sur la valeur des déficiences apparentes justifiant une retenue contractuelle ou une garantie équivalente tandis que dans le cas qui nous occupe, le débat porte sur la question de savoir si l'article 2111 C.c.Q. peut s'appliquer malgré que les parties contestent à la fois l'acceptation des travaux ou leur réception et l'existence de vices apparents ou cachés.

Selon la cour, il est clair que l'article 2111 C.c.Q. s'applique à des situations où la réception des travaux a eu lieu et où il est question de vices apparents que l'entrepreneur a l'intention de réparer.

Or, la cour envisage le but de cet article comme étant celui de permettre la gestion des mécontentements entre le client et l'entrepreneur portant sur les déficiences apparentes que l'entrepreneur a l'intention de réparer, suite à la réception des travaux par le client. Donc, en vertu des articles 2111 et 2112 C.c.Q. l'on peut remplacer la retenue contractuelle par une autre garantie et un expert peut déterminer le coût des déficiences.

Compte tenu que dans le cas opposant Edelweiss à la Municipalité ces mêmes éléments de réception d'ouvrage et d'existence de vices apparents font l'objet d'une contestation, le tribunal en vient à la conclusion que l'article 2111 C.c.Q. ne peut s'appliquer.

Il fallait s'attendre à ce qu'Edelweiss soit insatisfaite d'une telle décision et, comme de fait, elle l'a inscrite en appel. Ce sera à suivre !



## DES NOUVELLES DE NOTRE GROUPE :

**Normand D'Amour** a été nommé président de la section construction de l'Association du Barreau canadien, division Québec. Son mandat débute en janvier 2010.

Normand D'Amour présentera une conférence sur **les clause abusives** dans le cadre de la 9e Journée d'étude sur les réclamations sur contrats le 25 février prochain aux Cours Mont-Royal.

Normand D'Amour sera conférencier dans le cadre d'un événement organisé par le Forum national des dirigeants les 24 et 25 février prochain : Infrastructure et services juridiques. L'allocution portera sur les **nouveaux modèles de réalisation des infrastructures : modes alternatifs**.

## GROUPE D'EXPERTISE EN DROIT DE LA CONSTRUCTION

### Montréal

D'Amour, Normand	514.871.5487	ndamour@millerthomsonpouliot.com
Iacovelli, Antonio	514.871.5483	aiacovelli@millerthomsonpouliot.com
Tremblay, Louis-Michel	514.871.5421	lmtremblay@millerthomsonpouliot.com
Turcotte, Mathieu	514.871.5492	mturcotte@millerthomsonpouliot.com

Le présent document a été rédigé à l'intention des clients du cabinet à titre informatif uniquement et résume certaines informations juridiques récentes. Les renseignements qu'il contient ne constituent pas un avis juridique et les personnes qui en prennent connaissance ne devraient pas réagir à la lecture du présent article sans avoir préalablement obtenu l'avis juridique d'un professionnel qualifié à l'égard de leur situation. Le cabinet utilise vos renseignements personnels afin de vous faire parvenir de l'information sur des sujets susceptibles de vous intéresser et en aucun cas ne les partage avec des tiers, à l'exception de sous-traitants qui ont accepté de se conformer à la politique de protection des renseignements personnels et aux autres politiques du cabinet.

© 2009 Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l. - Tous droits réservés. Tous les droits de propriété intellectuelle, y compris le droit d'auteur afférent à la présente publication, sont la propriété de Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l. La reproduction intégrale et la distribution de cette publication sont autorisées à condition qu'aucune modification ne soit apportée à sa forme ou à son contenu. Toute autre reproduction ou distribution, quels que soient la forme ou le moyen adoptés, est expressément interdite sans le consentement préalable et écrit de Miller Thomson Pouliot s.e.n.c.r.l.

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