



L'À-PROPOS JURIDIQUE CONSTRUCTION

Juin 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



Par M^e Normand D'Amour, B.Ing., LL.B.
Montréal
514.871.5487
ndamour@millerthomsonpouliot.com

Le dépôt d'une soumission par un soumissionnaire en réponse à un appel d'offres donne généralement naissance à un contrat préliminaire, créant par le fait même des obligations de nature contractuelle, non seulement pour le soumissionnaire, mais aussi pour celui qui lance l'appel d'offres. Si le donneur d'ouvrage prend la peine d'indiquer quelles non-conformités entraîneront le rejet des soumissions, il devra, sous peine de s'exposer à des recours en dommages, respecter les conditions de rejet qu'il a annoncées. Toutefois, en cas de silence au niveau des instructions aux soumissionnaires et, lorsque le donneur d'ouvrage est un organisme public, en cas de silence de la loi et règlement le régissant, les tribunaux allouent au donneur d'ouvrage une certaine marge de discrétion pour lui permettre d'apprécier la conformité des soumissions reçues. Cette discrétion est renforcée lorsque, par le biais des instructions aux soumissionnaires, le donneur d'ouvrage énonce spécifiquement qu'il conserve une latitude dans l'appréciation de la conformité et dans celle de passer outre aux non-conformités mineures des soumissions obtenues.

Le jugement rendu récemment par la Cour supérieure dans l'affaire *Groupe Benoît c. Agence métropolitaine de transport* illustre comment cette discrétion peut s'exercer dans le cas particulier où la conformité de la licence d'entrepreneur détenue par un soumissionnaire est en cause.

LES FAITS

En février 2006, l'Agence métropolitaine de transport (« AMT ») lance un appel d'offres pour les travaux de construction de la gare Chabanel sur la ligne de train de banlieue Montréal-Blainville. Les instructions aux soumissionnaires indiquent que « *Seule une personne titulaire de toutes les autorisations et de tous les permis légalement requis pour être en mesure de réaliser le contrat est admise à déposer une offre.* » Les soumissionnaires sont par ailleurs requis de déposer copie de leur licence, comprenant les sous-catégories requises pour exécuter les travaux.

Ces mêmes instructions aux soumissionnaires accordent toutefois une certaine latitude à l'AMT puisqu'il est prévu que certaines offres peuvent être rejetées par l'AMT et conséquemment non considérées à la suite de leur ouverture, notamment dans le cas où il y a absence de l'un ou l'autre des documents requis. Les mêmes instructions ajoutent que l'AMT peut passer outre à tout vice de forme ou défaut mineur que peut contenir l'offre.

Contenu

La licence d'entrepreneur et la conformité de la soumission
Page 1

Sous-traitants, avez-vous de l'assurance?
Page 4

L'importance de bien remplir les addenda lors d'un appel d'offres
Page 6



À la date d'ouverture des soumissions, sept propositions sont déposées à l'AMT. La plus basse soumission reçue s'élève à 1 247 976 \$, soit celle de la compagnie Excel Excavation Limitée (« Excel »). Groupe Benoît (« Benoît ») est l'auteur de la deuxième plus basse soumission reçue correspondant à un montant de 1 406 003 \$.

Quelques heures après l'ouverture des soumissions, Benoît fait parvenir à l'AMT une lettre contestant la conformité de la soumission d'Excel. Elle soutient qu'Excel ne détiendrait pas toutes les catégories de licences d'entrepreneur général requises pour effectuer les travaux, notamment la sous-catégorie 4050.2 *Entrepreneur en abri de tout genre* (suivant la classification de la Régie du bâtiment en vigueur à l'époque).

En parallèle, Benoît fait parvenir à la Régie du bâtiment une demande d'évaluation des documents d'appel d'offres relatifs au projet pour que la Régie donne son avis quant aux licences requises afin d'effectuer des travaux.

Dans une première réponse, la Régie prend la position que la seule sous-catégorie de licence requise pour pouvoir soumissionner sur le projet ou pour faire exécuter les travaux est la sous-catégorie 4071.3 *Entrepreneur en ouvrages ferroviaires*. Or Excel est détentrice de cette sous-catégorie de licence.

Insatisfaite de la première réponse de la Régie, Benoît décide de lui transmettre une nouvelle lettre. En réponse à cette nouvelle demande, la Régie prendra une position plus nuancée en reconnaissant que la sous-catégorie d'entrepreneur général 4050.2 *Entrepreneur en abri de tout genre* serait minimalement requise en plus de la catégorie 4071.3 *Entrepreneur en ouvrages ferroviaires*.

Fort de cette nouvelle lettre, Benoît écrit à l'AMT lui demandant de disqualifier Excel. C'est alors que l'AMT transmettra à Excel non pas un avis de disqualification, mais plutôt un avis lui demandant d'obtenir une licence comportant la catégorie 4050.2, et ce à l'intérieur d'un délai de trois jours. En réponse à cette communication, Excel informera l'AMT qu'elle prévoyait confier l'installation des abris à un sous-traitant licencié détenteur de la catégorie 4050.2. Elle informe de plus qu'elle a procédé à la demande d'émission d'une nouvelle catégorie de licence auprès de la Régie du bâtiment. Elle réussira d'ailleurs à obtenir la délivrance d'une licence comportant la catégorie 4050.2 dans les jours suivants le dépôt de sa demande.

À la lumière de ces informations, l'AMT choisit d'octroyer le contrat à Excel. Elle prend le soin cependant d'obtenir un avis de conformité de son contentieux ainsi qu'un avis juridique indépendant pour valider la justesse de sa position.

Malgré tout, Benoît entreprendra des procédures en dommages et intérêts dirigées contre l'AMT pour perte de profits s'élevant à 224 960,48 \$, soit environ 15 % du prix de sa soumission.

LE RECOURS ET LE JUGEMENT

C'est l'Honorable Juge Petras qui sera saisie du différend. Pour trancher, la juge analyse plusieurs jugements mettant en cause la conformité des licences détenues par un soumissionnaire. Elle note que dans la présente affaire, contrairement à d'autres causes impliquant l'absence totale de licence, Excel avait la licence d'entrepreneur en construction qui comportait plusieurs sous-catégories d'entrepreneur général. Il lui manquait toutefois la sous-catégorie 4050.2. Pour la juge, il ne s'agit pas d'un manque total de capacité juridique à soumissionner, mais d'un simple manque de qualification partielle. La juge fait aussi remarquer que les travaux concernés par la catégorie 4050.2 représentent moins de 10 % de la valeur du contrat en cause.



Elle note enfin que l'AMT s'est réservée le droit de permettre la correction des erreurs mineures et qu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire après avoir dûment analysé les aspects juridiques et techniques de l'irrégularité mineure constatée dans la soumission d'Excel. Dans sa recherche, l'AMT a notamment pris les précautions nécessaires en obtenant des avis juridiques préalables. La juge ajoute qu'il aurait été déraisonnable pour l'AMT, en sa qualité d'organisme public, d'adopter une attitude trop rigide et formaliste de manière à ignorer l'intérêt public qui dicte de choisir la soumission la plus basse. En l'occurrence, l'écart entre les deux soumissions représente plus de 130 000 \$.

La juge en arrive donc à la conclusion que l'irrégularité dans la soumission d'Excel était mineure et que l'AMT pouvait permettre à Excel de remédier à cette irrégularité.

SOUS-TRAITANTS, AVEZ-VOUS DE L'ASSURANCE ?



*Par M^{re} Mathieu Turcotte
Montréal
514.871.5492
mturcotte@millerthomsonpouliot.com*

Le monde de l'assurance en matière de construction est complexe et diversifié. Les produits offerts sur le marché sont nombreux et sophistiqués et visent à couvrir un grand nombre de situations et de risques. Pas étonnant, dans ce contexte, que les entrepreneurs et donneurs d'ouvrage se fient à des professionnels en la matière pour s'assurer une couverture appropriée.

Parmi les principaux produits disponibles, notons l'existence des polices de type *wrap-up*, qui visent à couvrir la responsabilité civile de l'ensemble des intervenants d'un chantier donné et permet d'indemniser les tiers des dommages occasionnés par les travaux de construction. L'avantage de cette assurance est qu'elle permet d'offrir une couverture unifiée et évite, en théorie du moins, les litiges entre les intervenants pour déterminer la responsabilité de chacun dans un événement donné.

Quant aux polices dites d'assurance chantier (*Builder's Risk*), elles constituent plutôt des assurances de biens pouvant couvrir un seul ou plusieurs chantiers et visent, en cas de sinistre, une reconstruction rapide de l'ouvrage. Bien qu'elle ait une vocation moins englobante que la police *wrap-up*, cette assurance couvre néanmoins généralement le propriétaire et l'entrepreneur général et, dans certains cas, les sous-traitants. Ces derniers peuvent en effet être désignés à la police comme assurés, auquel cas leur couverture ne soulève aucun doute, mais également, dans certains cas, être inclus comme « assurés innommés », et bénéficier de la couverture sans être spécifiquement désignés à la police.

C'est en effet la porte qu'a ouverte la Cour d'appel dans un arrêt rendu tout récemment dans l'affaire *Optimum société d'assurance inc. c. Plomberie Raymond Lemelin inc.*, où elle a confirmé que des polices d'assurance-chantier pouvaient s'interpréter comme offrant une couverture étendue visant non seulement les assurés désignés dans la police, mais également des sous-traitants innommés.



UNE FUITE D'EAU À L'ORIGINE DU DOMMAGE

Les faits de cette affaire prennent naissance lors de la dernière journée des travaux sur un immeuble à logements, alors que des tests sont effectués par l'entrepreneur général sur le système de plomberie installé par l'entrepreneur spécialisé Plomberie Raymond Lemelin. Ces tests permettent en effet de constater – trop tard – un dégât d'eau important en provenance d'un tuyau situé sous un lavabo, dont une bague a vraisemblablement été serrée incorrectement par le plombier, occasionnant des dommages de 110 000 \$.

Lors de ce sinistre, Optimum assure l'entrepreneur général en vertu d'une police d'assurance chantiers de formule étendue, valable pour un an. L'assureur, après avoir payé pour les dommages à l'immeuble, se voit subrogé dans les droits de l'entrepreneur général et décide de poursuivre Plomberie Raymond Lemelin, qu'il estime responsable des dommages.

Optimum est débouté de son recours en Cour supérieure au motif que la police en vigueur couvrirait le sous-traitant à titre d'assuré innommé et que conséquemment, l'assureur ne peut lui réclamer ses dommages. Cette décision est portée en Cour appel, qui confirme la décision de première instance malgré la forte dissidence d'un des trois juges.

DES ASSURÉS INNOMMÉS MAIS NÉANMOINS PROTÉGÉS

En matière contractuelle, et plus particulièrement en droit des assurances, il est important de lire attentivement le contrat pour déceler la portée de celui-ci et les limites des obligations des parties. Or, la portée de la police d'Optimum est décrite dans les termes suivants : « [...] la présente assurance couvre les biens ci-dessous se trouvant sur le chantier [...] : a) les biens autres que ceux visés en b), en cours de construction, d'installation, de reconstruction ou de réparation, pourvu que : 1) L'Assuré en soit propriétaire; 2) La valeur en soit comprise dans le montant de garantie, si l'Assuré n'en est pas propriétaire; [...] ».

Après avoir déterminé que la police prévoit explicitement la couverture de biens n'appartenant pas à l'assuré, la Cour analyse la jurisprudence rendue sur des clauses similaires dans d'autres juridictions que le Québec, qui confirme que de telles clauses, dans des polices d'assurance chantiers, ont été interprétées comme couvrant également des assurés innommés, comme le sous-traitant Plomberie Raymond Lemelin dans le présent cas.

Au-delà du texte même de la police, la Cour appuie également sa conclusion sur le but visé par une police d'assurance chantiers, soit d'offrir une couverture efficace permettant d'éviter la multiplication des recours : « il faut considérer le rôle de ce type d'assurance dans l'industrie de la construction. Il s'agit d'une assurance de biens qui vise à empêcher que des parties engagées sur un même chantier n'aient à se poursuivre mutuellement en cas de sinistre, et ce, dans le but de permettre une reconstruction rapide. »

Il sera intéressant de voir le suivi que la jurisprudence réservera aux principes émis par la Cour d'appel, mais, surtout, la réaction qu'auront les assureurs à la lecture de cet arrêt. On peut en effet penser que les clauses de couverture seront modifiées afin de donner plus de précisions à la notion d'assuré, mais en attendant, les entrepreneurs spécialisés auraient tout avantage à être bien conseillés en cas de litige avec un assureur chantier.



L'IMPORTANCE DE BIEN REMPLIR LES ADDENDA LORS D'UN APPEL D'OFFRES



*Par M^e Antonio Iacovelli
Montréal
514.871.5483
aiacovelli@millerthomsonpouliot.com*

En date du 6 mai dernier, un arrêt de la Cour d'appel a maintenu la décision de la Cour supérieure déclarant la non-conformité de la soumission d'un entrepreneur dans le contexte de l'agrandissement d'un centre hospitalier et qui par le fait même donnait raison au centre hospitalier d'avoir passé outre la soumission de l'entrepreneur en demande et d'avoir octroyé le contrat à un concurrent.

De fait, le centre hospitalier a ignoré la soumission de l'entrepreneur puisque celui-ci avait omis d'y mentionner tous les addenda du donneur d'ouvrage. Selon la Cour supérieure, ce qui fut confirmé par la Cour d'appel, l'entrepreneur, de par sa soumission parcimonieuse, a manqué à une condition essentielle de l'appel d'offres.

Voilà la teneur du dossier *3469051 Canada inc. c. Hôpital juif de réadaptation*.

LES FAITS

L'Hôpital juif de réadaptation (« HJR ») est un organisme qui, au moment de l'appel d'offres, se trouvait soumis à la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* ainsi qu'aux règlements de cette dernière, tel le *Règlement sur les constructions d'immeubles des établissements, des conseils régionaux et de la Corporation d'hébergement du Québec* (« Règlement »).

Conformément au Règlement, HJR lance le 19 janvier 2004 un appel d'offres en incluant aux documents y afférents les conditions générales préparées par les architectes ainsi que le document normalisé d'appel d'offres émanant de la Corporation d'hébergement du Québec pour des travaux de 100 000 \$ et plus.

Le document normalisé à ses « Instructions aux soumissionnaires » décrit la manière de remplir le formulaire de soumission, les documents qu'il faut y joindre et la procédure à suivre par le soumissionnaire.

Huit jours avant l'ouverture des soumissions prévue pour le 26 février 2004, les architectes transmettent à une série d'addenda pour remise aux entreprises intéressées à soumissionner comptant 44 pages et comprenant des addenda portant sur l'architecture, l'amiante, la mécanique, le génie civil et l'électricité.

Le 26 février, 3469051 Canada inc. (« Entrepreneur ») dépose sa soumission. Lors de l'ouverture des soumissions, il s'avère que l'Entrepreneur est le plus bas soumissionnaire. Toutefois, HJR constate le lendemain que la soumission de l'Entrepreneur comporte un problème de conformité car elle omet de mentionner tous les addenda ajoutés le 18 février 2004. HJR avise l'Entrepreneur du problème.



L'Entrepreneur répond par voie de lettre en tentant de corriger son erreur mais ses efforts sont trop peu trop tard. HJR prend la position que la soumission de l'Entrepreneur est irrecevable, que l'erreur commise ne peut pas être corrigée et que, en conséquence, HJR n'a d'autre choix que d'octroyer le contrat au deuxième plus bas soumissionnaire qui lui s'était conformé aux exigences des documents d'appel d'offres en ce qui concerne les addenda.

Débouté devant la Cour supérieure pour son action en recouvrement du profit qu'il comptait réaliser si HJR lui avait accordé le contrat, l'Entrepreneur se pourvoit devant la Cour d'appel.

L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL

La Cour d'appel réitère tout d'abord que la soumission de l'Entrepreneur, en omettant d'énumérer les addenda, n'était pas conforme aux exigences du document d'appel d'offres et à celles des « Instructions aux soumissionnaires » pourtant claires eu égard auxdits addenda.

La Cour est également d'avis que la condition des addenda constituait une condition essentielle puisque l'article 32 du Règlement indique que les « Instructions aux soumissionnaires » doivent donner avis « de toutes les dispositions mentionnées à l'annexe 1, lesquelles constituent des conditions essentielles » à la recevabilité des soumissions. Dans son arrêt, la Cour d'appel cite les articles 3 et 11 du Règlement qui se lisent ainsi :

SECTION II

CONDITIONS ESSENTIELLES À LA RECEVABILITÉ D'UNE SOUMISSION

3. Le soumissionnaire doit présenter sa soumission sur les formules fournies par le propriétaire ou sur toute reproduction exacte de ces formules, lesquelles doivent être remplies avec clarté et exactitude et dûment signées aux endroits prévus à cette fin par la ou les personnes autorisées à cet effet.

[...]

11. Toute autre condition indiquée comme essentielle dans les instructions aux soumissionnaires, avec mention spécifique que le défaut de s'y conformer entraîne l'irrecevabilité de la soumission, doit être remplie par le soumissionnaire.

(nos soulignements)

Ainsi, l'article 15 de la Section III des « Instructions au soumissionnaires » précise le caractère essentiel à la recevabilité d'une soumission de « [toute] autre condition indiquée comme essentielle dans les instructions aux soumissionnaires ».

Or, l'article 3 de la Section I desdits Instructions stipule que « tous les addenda émis doivent apparaître à la formule de soumission ». (nos soulignements)

De surcroît, le formulaire de soumission obligatoire à sa clause 1a) reprend ce critère en exigeant du soumissionnaire qu'il déclare « avoir pris connaissance (...) des addenda émis » et, à sa clause 1c), qu'il en fasse la liste précise.



En analysant les faits, la Cour nous rappelle que tout donneur d'ouvrage tient à s'assurer qu'il n'y aura pas d'ambiguïté ou de malentendu quant au travail à accomplir lorsqu'il s'apprête à choisir la meilleure offre parmi celles reçues. Ainsi, est tout-à-fait normale l'exigence voulant que les soumissionnaires déclarent avoir pris connaissance des addenda ajoutés et d'en faire la liste précise pour plus de certitude.

Et compte tenu de la nature essentielle du critère de l'énumération des addenda à la recevabilité de la soumission, la Cour d'appel fait échec à l'argument de l'Entrepreneur concernant la possibilité de corriger le problème en citant les articles 14 et 15 du Règlement qui permettent la correction d'une soumission afin d'éviter son rejet sous réserve des dispositions relatives à la recevabilité.

Finalement, en rejetant l'appel, la Cour souligne la raisonnable du rejet dans les circonstances en écrivant ce qui suit au paragraphe 40 de sa décision :

Au surplus, il me semble que le fait de permettre à un soumissionnaire de corriger sa soumission en précisant la liste des addenda dont il a pris connaissance, mais dont son formulaire de soumission original ne fait pas état, risquerait de lui procurer un avantage indu. Si son prix est considérablement plus bas que celui de ses concurrents, il pourrait être tenté de se retirer d'un marché beaucoup trop désavantageux pour lui en refusant tout simplement de corriger l'« erreur » sous prétexte que, de fait, son offre ne prenait pas en compte tous les addenda reçus. Or, le principe d'égalité des soumissionnaires est au cœur même du processus d'appel d'offres; il oblige le donneur d'ouvrage à traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité, et équitablement.



GRUPE 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