

Cour Suprême du Canada
R. (Ont.) c. Ron Engineering, [1981] 1 R.C.S. 111
Date: 1981-01-27

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario et the Water Resources Commission (*Défenderesses*)
Appelantes;

et

Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd (*Demanderesse*) *Intimée*.

1980: 13 novembre; 1981: 27 janvier.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Estey, McIntyre et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO.

Contrats—Erreur—Soumission en vue d'un contrat de construction—Erreur de calcul de la soumission découverte par l'intimée après l'ouverture des soumissions—Notification de l'erreur aux appelantes avant l'acceptation de la soumission—Refus de l'intimée de signer le contrat—Les appelantes ont-elles le droit de confisquer le dépôt?

Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé la décision du juge de première instance et ordonné de remettre à l'entrepreneur intimé la somme de \$150,000 qu'il avait versée à la propriétaire appelante à titre de dépôt de soumission à l'occasion d'un appel d'offres fait par la propriétaire.

Conformément aux règles applicables à l'appel d'offres, l'entrepreneur a présenté une soumission à laquelle était joint un chèque visé de \$150,000 qui devait être remis après la signature du contrat et la réception de la garantie d'exécution et de la garantie de paiement. On a constaté, après l'ouverture des soumissions, que l'offre comportait une erreur: une somme de \$750,058 avait été oubliée dans le calcul du montant total de l'offre. Les documents d'appel d'offres comportaient la condition que si la soumission était retirée ou si la Commission ne recevait pas le contrat signé dans un délai donné, elle pouvait conserver le dépôt. Même si l'entrepreneur a demandé, dans un télex, de retirer sa soumission sans être pénalisé, il a soutenu dans la correspondance postérieure et au cours des procédures qu'il n'avait pas retiré sa soumission, mais qu'à cause de l'avis de l'erreur qu'il avait commise, avis donné à la propriétaire avant l'acceptation de la soumission, l'offre n'était plus susceptible, en droit, d'acceptation. Après avoir reçu de l'entrepreneur avis de l'erreur et réagissant à la prise de position de l'entrepreneur selon laquelle il n'avait pas retiré son offre, la propriétaire a présenté le contrat conforme aux conditions prévues pour signature par l'entrepreneur. L'entrepreneur a refusé de signer le con-

[Page 112]

trat; la propriétaire a décidé, vu les conditions de l'appel d'offres, de retenir le dépôt et d'accepter une autre offre. L'entrepreneur a institué la présente action en recouvrement du dépôt de soumission.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Rien dans les documents d'appel d'offres ne permet d'étayer l'argument de l'entrepreneur que la propriétaire ne s'est pas conformée aux conditions de ces documents en ne signant pas le contrat d'entreprise avant de le présenter à la signature de l'entrepreneur.

Il faut déterminer la révocabilité de l'offre d'après les «Conditions générales», les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» et les documents accessoires. La présentation de la

soumission a automatiquement donné lieu à un contrat unilatéral, le contrat A, entre l'entrepreneur et la propriétaire en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission avant un certain délai à la fin duquel le soumissionnaire pouvait recouvrer le dépôt si l'offre n'avait pas été acceptée. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un contrat d'entreprise, le contrat B, dès l'acceptation de la soumission. Le dépôt est exigé pour garantir l'exécution par l'entrepreneur soumissionnaire des obligations que le contrat A lui impose. Il est faux de dire que, lorsque l'erreur est établie après l'ouverture des soumissions par la présentation d'une preuve raisonnable, la personne à qui la soumission est présentée ne peut ni l'accepter ni confisquer le dépôt. Il faut appliquer le test au moment où la soumission est présentée et non plus tard, et à ce moment les droits des parties en vertu du contrat A sont cristallisés, au moins dans les cas où la soumission est susceptible d'acceptation en droit.

Il n'est pas question d'erreur de la part de l'une ou l'autre partie jusqu'au moment où le contrat A est né. Même si la soumission résultait d'une erreur de calcul, elle pouvait être assujettie aux conditions du contrat A et partant donner lieu à la confiscation du dépôt. Il n'y a pas eu d'erreur en ce sens que l'entrepreneur n'aurait pas eu l'intention de présenter la soumission quant au fond et à la forme comme elle l'a été. De plus, il n'y a pas de principe juridique en vertu duquel il serait devenu impossible à l'appelante d'accepter la soumission. Il n'y a aucune erreur qui ait empêché la naissance du contrat A. En l'espèce, il n'y a pas lieu d'examiner les conséquences possibles d'une erreur sur la formation, le caractère exécutoire et l'interprétation d'un contrat d'entreprise postérieur.

La question en litige ne relève pas des règles de l'erreur, mais de l'application des dispositions relatives à

[Page 113]

la confiscation stipulées aux pièces de soumission. L'entrepreneur avait droit de recouvrer le dépôt à certaines conditions, dont aucune n'a été remplie; par ailleurs, le dépôt peut être confisqué en vertu d'une autre disposition du contrat dont les conditions se sont réalisées. L'omission de la propriétaire d'inscrire le nombre de semaines mentionné à la soumission dans l'espace prévu à cette fin dans la formule n'a pas d'effet sur les droits des parties à ce pourvoi et n'empêche pas la propriétaire de faire valoir son droit de conserver le dépôt.

Jurisprudence: Distinction faite avec *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 801; arrêt examiné: *Belle River Community Arena Inc. v. W.J.C Kaufmann Co. Ltd. et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 447.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, qui a infirmé le jugement du juge J. Holland. Pourvoi accueilli.

B. Johnston, c.r., et M. Fleishman, pour les défenderesses, appelantes.

Hyman Soloway, c.r., et J. Shields, pour la demanderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—La Cour d'appel de l'Ontario, qui a infirmé le jugement de première instance, a ordonné de remettre à l'entrepreneur intimé (ci-après appelé «l'entrepreneur») la somme de \$150,000

¹ (1979), 24 O.R. (2d) 332; (1979), 98 D.L.R. (3d) 548.

qu'il avait versée à la propriétaire appelante (ci-après appelée «la propriétaire») à titre de dépôt de soumission à l'occasion d'un appel d'offres fait par la propriétaire.

Aux termes des conditions générales de l'appel d'offres, la propriétaire a publié dans les renseignements d'appel d'offres, les [TRADUCTION] «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» dont la clause 13, intitulée [TRADUCTION] «Dépôt de soumission», dit notamment ceci:

[TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée avant que la Commission ait examiné les soumissions ou avant ou après qu'il ait été avisé que l'acceptation de sa soumission a été recommandée à la Commission ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours mentionnés et prescrits

[Page 114]

aux présentes, le contrat signé par le soumissionnaire, la garantie d'exécution et la garantie de paiement signées par le soumissionnaire et la société de cautionnement ainsi que les autres documents exigés par les présentes, la Commission pourra conserver le dépôt de soumission pour son bénéfice et accepter toute offre, faire un nouvel appel d'offres, négocier un contrat ou n'accepter aucune des offres, selon que la Commission le jugera à propos.

Conformément aux règles applicables à l'appel d'offres, l'entrepreneur a présenté une soumission de \$2,748,000 avant 15 h le 4 juillet 1972. Un chèque visé de \$150,000 était joint à la soumission de l'entrepreneur conformément aux conditions de l'appel d'offres. Le document précité, intitulé «Renseignements à l'usage des soumissionnaires», prescrit encore ce qui suit à l'égard du dépôt de soumission:

[TRADUCTION] Après la signature du contrat et réception par la Commission de la garantie d'exécution et de la garantie de paiement, le dépôt de soumission de l'entrepreneur dont la soumission aura été retenue lui sera remis.

L'employée de l'entrepreneur qui a déposé la soumission, une nommée Hedges, a assisté à l'ouverture des soumissions. Dès qu'elle eut appris que sur huit soumissions celle de l'entrepreneur était la plus basse et qu'elle était inférieure d'environ \$632,000 à la plus basse soumission suivante, elle a immédiatement fait rapport au président de l'entrepreneur, un nommé Vered. Le juge J. Holland, juge de première instance, relate dans son jugement ce qui est survenu par la suite:

[TRADUCTION] D'après son expérience, M^{me} Hedges a eu le sentiment que quelque chose allait réellement mal et elle s'est demandée si elle n'avait pas commis une erreur: M^{me} Hedges a téléphoné à Vered après l'ouverture des soumissions (c'était probablement vers 15 h 30.) Elle dit que dès qu'elle a parlé à Vered, il lui a dit: «Nous sommes bas, j'ai fait une erreur.» Il a fait cette déclaration avant qu'elle le mette au courant au sujet des soumissions. Elle lui a demandé si elle

pouvait faire quelque chose et Vered lui a dit: «Non, revenez à Ottawa». Elle n'est jamais retournée au bureau du ministère.

...

Après l'ouverture des soumissions, la demanderesse a fait parvenir un télex vers 16 h 12, le 4 juillet 1972. La pièce 4 (p. 27 du cahier des pièces) est une copie de ce télex rédigé dans les termes suivants:

[Page 115]

Aujourd'hui, nous avons déposé notre soumission pour l'ouvrage ci-dessus. Malheureusement, à cause de la précipitation dans la compilation des derniers chiffres, nous avons omis d'inclure dans la somme totale le prix du travail de nos équipes et nos frais généraux se chiffrant à \$750,058, qui auraient dû, en réalité, s'ajouter à la somme totale de notre soumission qui se serait chiffrée à \$3,498,058.

A cause de cette malheureuse erreur, nous vous saurions gré de nous permettre de vous montrer nos estimations qui révèlent l'erreur et nous demandons par la présente de retirer notre soumission et nous demandons des excuses sans être pénalisé.

Le mot «excuses» est certainement difficile à comprendre, mais il ne peut y avoir de doute que c'est le mot précis employé par Vered puisque sa propre copie tirée du télex de son bureau est formulée exactement de la même façon. De toute façon, il y a eu «demande de retirer la soumission sans pénalité».

Dans la correspondance postérieure et au cours de toutes les procédures, l'entrepreneur a soutenu qu'il n'avait pas retiré sa soumission, mais qu'à cause de l'avis de l'erreur qu'il avait commise, avis donné à la propriétaire avant l'acceptation de la soumission, l'offre n'était plus susceptible, en droit, d'acceptation et que l'entrepreneur avait le droit d'être remboursé du dépôt de \$150,000. Le juge de première instance a conclu quant aux faits:

- 1) que la soumission déposée est celle qu'on a voulu déposer,
- 2) que le processus menant à la fixation du montant de la soumission, mais non la soumission elle-même, comporte une erreur. C'est là la faute de la seule demanderesse,
- 3) il n'y a pas d'erreur apparente à la lecture de la soumission,
- 4) que l'erreur a été découverte après le dépôt de la soumission et après l'expiration du délai fixé pour soumissionner,
- 5) que Vered a eu connaissance de l'erreur avant que M^{me} Hedges lui communique les résultats de l'ouverture des soumissions,
- 6) que la demanderesse a fait preuve de diligence dans sa tentative d'entrer en contact avec quelqu'un, de signaler l'erreur et de demander le droit de se désister sans pénalité,
- 7) que les prévisions préparées par Gore and Storrie Ltd. pour la somme de \$2,744,700 constituaient une base exacte de réalisation par un entrepreneur cons-

[Page 116]

ciencieux, compte tenu des profits. Je signale que personne n'a tenté de mettre ces prévisions en doute.

Il y a lieu de signaler que la propriétaire a fait préparer par ses ingénieurs-conseils une estimation du coût de l'usine de traitement de l'eau et des égouts qui est l'ouvrage faisant l'objet des soumissions. Ces ingénieurs ont estimé le coût des travaux, profits inclus, à \$2,744,700, soit \$3,300 de moins que le montant de la soumission de l'entrepreneur.

Après avoir reçu de l'entrepreneur avis de l'erreur faite dans la soumission et, réagissant sans aucun doute à la prise de position de l'entrepreneur selon laquelle il n'avait pas retiré son offre, la propriétaire a voulu lui faire signer le contrat d'entreprise selon les modalités générales prévues à la soumission, ainsi que les autres documents requis. Le dossier ne comporte pas de formule en blanc du contrat d'entreprise, mais l'origine de la formule de contrat transmise à l'entrepreneur n'est pas en litige. On peut donc présumer que le contrat ainsi présenté était conforme à la soumission. L'entrepreneur a refusé de le signer pour le motif avoué qu'il avait présenté, par erreur, une soumission de \$750,058 inférieure à celle qu'il avait voulu présenter. La propriétaire a alors décidé, vu les conditions de l'appel d'offres déjà mentionnées, de retenir le dépôt de soumission et d'accepter la soumission du deuxième plus bas soumissionnaire. L'entrepreneur a institué la présente action en recouvrement du dépôt de soumission de \$150,000. En demande reconventionnelle, la propriétaire a réclamé des dommages-intérêts consécutifs au refus de l'entrepreneur de [TRADUCTION] «donner suite aux termes de sa soumission» et à la nécessité d'accepter la soumission du deuxième plus bas soumissionnaire. Le juge de première instance a conclu que la propriétaire avait le droit de garder le dépôt de soumission et il a rejeté la demande reconventionnelle.

L'argument principal de l'entrepreneur consiste simplement à dire que si un soumissionnaire commet une erreur, qu'elle soit apparente ou cachée, il peut révoquer la soumission ou se faire rembourser le dépôt, nonobstant les dispositions de la clause 13 précitée, du moment que le proprié-

[Page 117]

taire en reçoit notification avant d'accepter la soumission de l'entrepreneur. L'entrepreneur a soumis des arguments subsidiaires dont je reparlerai plus loin.

Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une affaire où l'erreur de l'entrepreneur soumissionnaire est apparente à la lecture de la soumission. L'erreur en cause ici en est une qui appelle des explications extérieures aux pièces de la soumission. C'est la conclusion à laquelle en est venu le juge de première instance et des éléments de preuve étayaient cette conclusion. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où le tribunal de première instance a conclu à une manoeuvre malhonnête, comme si l'entrepreneur avait tenté de retirer

sa soumission présentée en bonne et due forme après s'être rendu compte qu'il est le plus bas soumissionnaire par un écart considérable.

La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance estimant que la propriétaire n'avait pas essayé de [TRADUCTION] «faire connaître son acceptation de la soumission», mais qu'elle avait plutôt invoqué la clause 13 des «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» que j'ai déjà citée. En se fondant sur l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Belle River Community Arena Inc. v. W.J.C. Kaufmann Co. Ltd. et al.*², après le prononcé du jugement de première instance en l'espèce, la Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] «le pollicité ne peut accepter l'offre s'il sait qu'elle a été faite par erreur et que l'erreur touche à une condition essentielle du contrat». Au nom de la Cour d'appel, le juge Arnup a ajouté:

[TRADUCTION] A notre avis, le principe énoncé dans l'affaire précitée doit s'appliquer ici. L'erreur en cause a été jugée grave et essentielle, et elle l'était manifestement. Elle a été portée à l'attention de la Commission presque immédiatement après l'ouverture des soumissions. Malgré cela, la Commission a continué à agir comme si l'erreur ne s'était pas produite en affirmant qu'elle avait le droit de considérer la soumission selon ses termes apparents.

Il a conclu:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit pendant les plaidoiries, une commission ou un autre propriétaire qui fait des appels d'offres a raison de se montrer sceptique

[Page 118]

quand celui qui se trouve le plus bas soumissionnaire par une marge considérable soutient, après l'ouverture des soumissions, qu'il y a eu erreur. Toutefois, lorsque la présentation d'une preuve raisonnable établit l'erreur, la personne à qui la soumission est présentée n'est pas en mesure d'accepter la soumission ni de chercher à garder le dépôt de soumission.

Dans l'affaire *Belle River*, précitée, l'entrepreneur avait voulu retirer la soumission avant que le propriétaire ne l'accepte. En concluant que l'entrepreneur a le droit de récupérer son cautionnement de soumission, le juge Arnup de la Cour d'appel a décidé, dans cette affaire-là, que le propriétaire ne pouvait accepter l'offre après avoir appris que celle-ci comportait une erreur sur une condition essentielle du contrat. Voici ce que le savant juge dit, à la p. 452:

[TRADUCTION] AU fond, à cause de l'erreur, la prétendue offre n'est pas celle que le pollicitant a voulu faire et le pollicité le sait.

Le principe s'applique même s'il y a une disposition qui oblige le pollicitant à maintenir son offre pendant un délai donné.

il poursuit, aux pp. 453 et 454:

² (1978), 20 O.R. (2d) 447.

Selon l'analyse de la conclusion à laquelle j'en viens quant à l'impossibilité pour la demanderesse d'accepter la soumission, il importe peu, à mon avis, que la prétendue soumission puisse être retirée ou qu'elle l'ait été effectivement, avant la prétendue acceptation.

...

Si la soumission de Kaufmann pouvait être retirée avant son acceptation (comme dans l'affaire *Hamilton Bd. Ed.*, [[1960] O.R. 594]), alors sa soumission a été retirée et il n'y a eu formation d'aucun contrat. S'il n'était pas possible de la retirer pendant soixante jours, elle ne pouvait pas non plus être acceptée pour le motif déjà mentionné et, par conséquent, il n'y a eu formation d'aucun contrat.

Cet arrêt a servi de fondement à l'arrêt rendu par la Cour d'appel en l'espèce.

L'entrepreneur a soutenu devant nous qu'en ne signant pas le contrat d'entreprise avant de le présenter à l'entrepreneur pour signature, la propriétaire ne s'était pas conformée aux dispositions précitées de la clause 13. Je ne vois rien dans les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» ni dans aucune autre pièce de soumission qui justifie cette position. Il est vrai que le texte de la

[Page 119]

fin de la clause 13 que j'ai déjà cité, pris à la lettre, exigerait que le soumissionnaire signe le contrat et les annexes et les produise auprès de la propriétaire pour éviter que celle-ci ne garde le dépôt de soumission. D'après le dossier, la propriétaire a manifestement exigé de l'entrepreneur qu'il signe le contrat d'entreprise de la façon prévue à l'appel d'offres et ce contrat n'a pas été signé uniquement en raison du refus de l'entrepreneur de signer la formule de contrat que la propriétaire lui avait expédiée.

A mon avis, il faut déterminer la révocabilité de l'offre d'après les «Conditions générales» et les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» et les pièces accessoires en vertu desquelles la soumission a été faite. Il ressort manifestement de l'examen des conditions auxquelles la soumission a été faite que sa présentation a donné lieu à un contrat entre l'entrepreneur et la propriétaire, en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission pendant les soixante jours suivant la date d'ouverture des soumissions. Plus loin dans les présents motifs, j'appellerai ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d'entreprise lui-même qui résulte de l'acceptation de la soumission et que j'appellerai le contrat B. Parmi les autres conditions de ce contrat unilatéral qui découle de la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres aux conditions susmentionnées, se trouve le droit de recouvrer le dépôt de soumission soixante jours après l'ouverture des soumissions si la propriétaire n'a pas accepté la soumission. Ce contrat prend naissance automatiquement par la présentation d'une soumission. Les conditions générales qui sont mentionnées

aux documents de l'appel d'offres et qui deviennent celles du contrat A intervenu entre l'entrepreneur et la propriétaire comportent les dispositions suivantes:

[TRADUCTION] 6. *Retrait ou modification des soumissions*

Un soumissionnaire qui a déjà présenté sa soumission peut en présenter une autre à tout moment avant l'heure limite fixée. La dernière soumission reçue annule et remplace toutes les soumissions précédentes de ce soumissionnaire pour le même ouvrage.

[Page 120]

Un soumissionnaire peut retirer ou modifier sa soumission à tout moment avant l'heure limite fixée en présentant une lettre portant les mêmes signature et sceau que dans sa soumission au secrétaire de la Commission ou à son représentant autorisé, au bureau de celui-ci, qui y indiquera la date et l'heure de réception et la déposera dans la boîte aux soumissions. Il ne sera tenu compte ni des télégrammes ni des appels téléphoniques.

La clause 13, que j'ai déjà citée, prévoit le remboursement du dépôt de soumission dès la signature du contrat d'entreprise et poursuit en des termes que je répète pour les souligner:

[TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée...ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours...le contrat signé par le soumissionnaire,...la Commission pourra conserver le dépôt de soumission...

La clause 14 est aussi pertinente:

[TRADUCTION] Le soumissionnaire convient que si la Commission ou quiconque agissant pour elle l'exige dans les 90 jours suivant la date d'ouverture des soumissions, il signera en triplicata et fera parvenir à la Commission le contrat, selon la formule incluse aux présentes, dans les sept jours de telle réquisition.

En l'espèce, l'entrepreneur a expressément évité d'employer des termes indiquant le retrait de sa soumission. Il a plutôt soutenu de façon constante que la soumission n'avait pas été retirée. La propriétaire a présenté le contrat d'entreprise, mais le soumissionnaire ne l'a pas signé dans le délai de sept jours.

Il convient de répondre d'abord à la prétention de l'entrepreneur selon laquelle il ne peut y avoir confiscation du dépôt que si l'entrepreneur fait défaut de fournir les garanties d'exécution et de paiement prévues à la clause 12 des «Renseignements à l'usage des soumissionnaires», et, comme l'obligation de l'entrepreneur en vertu de cet article ne prend naissance que sur réception du contrat d'entreprise signé par la propriétaire, le droit de confisquer le dépôt n'a jamais pris naissance. La clause 12 ne porte que sur l'acceptation d'une soumission par la signature du contrat d'entreprise. Elle n'a aucun rapport avec le paiement ou la rétention du montant du dépôt. En bref, la disposi-

[Page 121]

tion porte entièrement sur la seconde étape de l'attribution de marchés, soit le contrat d'entreprise, étape qui n'a pas été atteinte en l'espèce et qui n'est pas en cause.

Il ne reste donc que l'argument strict de l'entrepreneur selon lequel, bien que l'offre n'ait pas été retirée, elle n'était pas susceptible d'acceptation et qu'en conséquence l'entrepreneur a droit au remboursement du dépôt.

Je partage l'avis exprimé par la Cour d'appel qu'il faut préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres chaque fois qu'il est possible de le faire en vertu du droit des contrats. Je partage aussi l'avis de cette cour qu'il peut y avoir des circonstances où une soumission n'est pas acceptée, si par exemple elle ne constitue pas une soumission en droit, et où le dépôt de soumission peut ne pas être confisqué. Il en est ainsi, à mon avis, uniquement parce que le contrat A ne peut prendre naissance. Autrement dit, la prétendue soumission ne constitue pas en droit une acceptation de l'appel d'offres et, en conséquence, il n'y a pas formation d'un contrat unilatéral. Donc, avec égards, je ne suis pas de l'avis de la Cour d'appel quand elle dit:

[TRADUCTION] Toutefois, lorsque la présentation d'une preuve raisonnable établit l'erreur, la personne à qui la soumission est présentée n'est pas en mesure d'accepter la soumission ni de chercher à garder le dépôt de soumission.

A mon avis, il faut appliquer le test au moment où la soumission est présentée et non plus tard, après que le soumissionnaire a démontré l'existence d'une erreur de calcul. Le contrat A (celui qui prend naissance dès la présentation de la soumission) est immédiatement formé sans autre formalité à la présentation de la soumission. Si le soumissionnaire a commis une erreur dans le calcul de la soumission présentée en même temps que le dépôt de soumission, au moins dans les cas où la soumission est alors susceptible d'acceptation en droit, les droits des parties en vertu du contrat A sont dès lors cristallisés. Le dépôt de soumission, qui vise à assurer l'exécution des obligations du soumissionnaire en vertu du contrat A, doit en conséquence pouvoir faire l'objet de confiscation si le soumissionnaire ne les respecte pas. Lorsque les

[Page 122]

actes du soumissionnaire pourraient l'exposer à d'autres réclamations en dommages-intérêts de la part du propriétaire, le dépôt de soumission peut bien être le moindre mal à subir en raison de l'erreur survenue dans la préparation de la soumission. Je reviendrai sur le sujet plus tard.

La portée du droit relatif à l'erreur sur l'issue de ce pourvoi a été longuement débattue en cette Cour. Il faut aborder l'application des principes sur l'erreur en se rappelant que le seul contrat qui existe

présentement entre les parties est le contrat né de la présentation de la soumission, en vertu duquel cette dernière est irrévocable pendant le délai stipulé au contrat. Le contrat B (le contrat d'entreprise dont la formule fait partie des pièces de l'appel d'offres) n'est pas formé et ne l'a jamais été. Si besoin est, il faudra examiner le droit relatif à l'erreur seulement en rapport avec le contrat A.

La soumission présentée par l'intimée a donné naissance au contrat A. Celui-ci est parfois appelé en droit contrat unilatéral, c.-à-d. un contrat qui résulte d'un acte fait en réponse à une offre, par exemple, de la façon la plus simple: «Je vous paierai un dollar si vous tondez mon gazon». Il n'y a pas, en droit, d'obligation de tondre le gazon et l'obligation de verser un dollar ne naît que de l'exécution de l'acte mentionné dans l'offre. En l'espèce, l'appel d'offres n'a créé aucune obligation pour l'intimée, ni pour qui que ce soit dans l'industrie de la construction ou hors de celle-ci. Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres, comme l'intimée l'a fait en l'espèce, elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est

[Page 123]

l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

La fonction du dépôt prévu au contrat A est claire et simple. Le dépôt est exigé pour garantir l'exécution par l'entrepreneur soumissionnaire des obligations que le contrat A lui impose. L'entrepreneur avait droit de recouvrer le dépôt à certaines conditions, dont aucune n'a été remplie; par ailleurs le dépôt pouvait être confisqué en vertu d'une autre disposition du contrat dont les conditions se sont réalisées.

Il n'est pas question d'erreur de la part de l'une ou de l'autre partie jusqu'au moment où le contrat A est né. L'employée de l'intimée a eu l'intention de présenter exactement la soumission qu'elle a présentée, y compris quant au prix qui y est mentionné. A la vérité, en donnant les instructions à l'employée de l'intimée, le président a voulu que la soumission soit dans l'état où elle a été présentée.

Cependant, l'entrepreneur soutient que, comme la soumission résulte d'une erreur de calcul, elle ne peut servir de fondement à un contrat d'entreprise puisqu'elle ne peut être acceptée, et qu'en conséquence elle ne peut être assujettie aux conditions du contrat A et partant, donner lieu à la confiscation du dépôt. Cet argument contient deux erreurs. D'abord, il n'y a pas eu d'erreur en ce sens que l'entrepreneur n'aurait pas eu l'intention de présenter la soumission quant au fond et à la forme comme elle l'a été. En second lieu, il n'y a pas de principe juridique en vertu duquel il serait devenu impossible à l'appelante d'accepter la soumission. Pour qu'il y ait formation d'un contrat synallagmatique comme le contrat B, il faut évidemment qu'il y ait un accord des volontés, une volonté mutuelle de contracter, mais quand le contrat en cause découle d'autres dispositions contractuelles, ce sont d'autres considérations qui s'appliquent. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, nous ne parvenons jamais à ce problème en l'espèce, puis-

[Page 124]

que les droits des parties sont appelés à être déterminés conformément aux dispositions de l'appel d'offres, soit le contrat A. Au moment de présenter la soumission, la propriétaire n'avait pas été avisée de l'erreur de calcul. Contrairement à l'affaire *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*³, rien à la lecture de la soumission ne révèle une erreur. Il n'y avait pas lieu de conclure à cause du montant de la soumission (compte tenu de l'estimation préparée par Gore and Storrie) qu'il y avait en réalité eu erreur de calcul.

Dans l'affaire *McMaster University*, précitée, le juge Thompson, a entendu, en première instance, une action pour inexécution d'un contrat résultant du refus de signer un contrat d'entreprise. La propriétaire a réclamé, à titre de dommages-intérêts, la différence entre le montant de la soumission de la défenderesse et le montant de la deuxième plus basse soumission. La cour a rejeté l'action concluant que la défenderesse n'avait pas l'obligation de conclure un contrat d'entreprise. On y invoque divers aspects de la doctrine de l'erreur, mais l'affaire tient à ce que, comme l'erreur était connue du pollicité, l'offre ne pouvait être acceptée et partant il ne pouvait y avoir formation d'un contrat. Dans cette affaire, il manquait, par erreur, une page à la soumission. Le juge de première instance dit à la p. 804:

[TRADUCTION] Il doit certainement avoir été clair pour M. Hedden [un employé de la propriétaire], sinon pour tout le comité de soumissions, que cette page manquait à la soumission présentée par l'entrepreneur Wilchar.

plus loin, à la p. 808, il dit:

³ [1971] 3 O.R. 801.

[TRADUCTION] A mon avis, il s'agit manifestement d'un cas où la propriétaire, pour s'avantager, saute sur l'offre de la soumissionnaire sachant fort bien que l'offre est faite par erreur.

Dans cette affaire, la cour a moins tenu compte de l'erreur que de l'impossibilité pour les parties de se conformer, vu les faits, aux règles fondamentales relatives à la formation des contrats. Il ne pouvait y avoir consentement sur un même objet, donc le contrat d'entreprise B ne pouvait être formé. Ce qui est encore plus pertinent au litige qui nous est soumis, c'est que le document présenté par l'entrepreneur était incomplet à sa lecture même et ne

[Page 125]

pouvait constituer, en droit, une soumission conforme aux conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

On n'a pas soutenu avec beaucoup d'insistance qu'il s'agissait d'un cas d'erreur apparente dans la soumission et je vais tenir pour acquis qu'il n'y avait pas d'erreur apparente.

Selon les conclusions de fait du savant juge de première instance, il n'y a aucune erreur qui ait empêché ou altéré la naissance du contrat A. L'«erreur» s'est produite dans les calculs qui ont déterminé les sommes que l'entrepreneur avait l'intention avouée de proposer dans sa soumission. Donc, la question en litige, à mon sens, ne relève pas des règles de l'erreur, mais de l'application des dispositions relatives à la confiscation stipulées aux pièces de soumission. Les conséquences possibles d'une erreur sur le caractère exécutoire ou l'interprétation d'un contrat postérieur constituent une tout autre question et ce n'est pas celle qui nous est soumise. Il ne s'agit pas pour nous non plus de déterminer s'il peut y avoir formation d'un contrat d'entreprise entre des parties en présence d'une erreur dans la soumission connue de chacune d'elles que cette erreur soit, au moins au début, apparente ou cachée.

On pourrait soutenir qu'en vertu d'une théorie juridique abstraite, une soumission qui ne peut fonder la formation d'un contrat par son acceptation, c'est-à-dire le contrat B, ne peut avoir les effets d'une soumission et donner naissance au contrat A. Il est inutile de s'arrêter à une telle théorie parce qu'on n'a pas soutenu, et il aurait été impossible de le faire, que la soumission présentée par l'entrepreneur en l'espèce ne pouvait juridiquement être acceptée dès sa réception par la propriétaire appelante. Il peut exister, comme je l'ai déjà souligné, une situation juridique où la soumission est de par sa forme si déficiente qu'elle ne constitue pas, en droit, une soumission d'après les conditions générales de l'appel d'offres; il se peut que le propriétaire ne puisse «se précipiter» sur une telle soumission, pour employer

l'expression de certains jugements, et par conséquent elle n'a pas pour effet d'entraîner la formation du contrat A. Une telle situation pourrait résulter des circonstances exposées dans l'ouvrage de Fridman *The Law of Contract*, à la p. 81:

[Page 126]

[TRADUCTION] Une offre qui est faite par erreur, p. ex., si l'offrant a voulu dire \$200 la tonne, mais a écrit \$20 la tonne, par erreur, peut être une offre que l'autre partie ne peut valablement accepter.

La règle de l'arrêt *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704 (voir: Cheshire et Fifoot, *Law of Contract*, 9e éd., 1976, aux pp. 239 et 240, pour une analyse de la règle *non est factum*) pourrait bien empêcher la formation d'un contrat fondé sur une telle offre. Nous n'avons pas à nous prononcer sur cette question en l'espèce.

Nous n'avons pas non plus à nous arrêter à la situation des parties lorsque l'action découle du refus de passer le contrat B comme dans l'arrêt *McMaster*, précité. La propriétaire appelante a bien présenté une demande reconventionnelle en dommages-intérêts vu le refus de l'intimée de signer le contrat d'entreprise, mais cette demande reconventionnelle a été rejetée et ce pourvoi ne porte que sur la demande de remboursement du dépôt de soumission présentée par l'intimée.

Appliqué tel quel, le droit des contrats aurait pour effet de confirmer le rejet par le juge de première instance de la réclamation de l'entrepreneur en remboursement du dépôt de soumission. Les conditions déjà citées du contrat A indiquent nettement que la propriétaire a le droit en vertu du contrat de confisquer la somme.

Comme l'intimée n'a pas invoqué la règle du droit des pénalités applicable en l'espèce à la rétention du dépôt par l'appelante, il n'est pas nécessaire de traiter de cette branche du droit.

En cette Cour comme en première instance et en appel, l'entrepreneur a appuyé sa demande de remboursement du dépôt de soumission sur le fondement que lorsque la propriétaire a présenté le contrat d'entreprise pour signature à l'entrepreneur soumissionnaire, celui-ci n'était pas signé et la formule du contrat comportait un blanc à l'endroit prévu pour le délai de construction de l'ouvrage, bien que la soumission de l'entrepreneur spécifie un délai de quatre-vingt-dix semaines.

Il y a lieu de souligner que dans la formule prescrite de soumission, l'entrepreneur peut soit inscrire le délai d'achèvement des travaux soit ne

[Page 127]

pas le mentionner auquel cas il est présumé accepter le calendrier de construction établi par les ingénieurs de la propriétaire. En première instance, le juge J. Holland dit à propos de cette allégation:

[TRADUCTION] J'ai tenu compte du fait que le délai de construction était en blanc et j'ai conclu qu'il s'agissait purement d'une erreur d'écriture qui ne devrait pas modifier les droits et obligations des parties. Je considère cet aspect de l'affaire comme si les pièces transmises étaient conformes à la soumission et comportaient le délai de 90 semaines. Il ne s'agit pas ici d'une situation identique à celle que la Cour suprême du Canada a examinée dans l'affaire *Cole c. Sumner*, [1900] 30 R.C.S. 379, où la question en litige était de savoir s'il y avait eu une offre et une acceptation de l'offre.

La Cour d'appel n'a évidemment pas eu à se prononcer sur ce point à cause de la décision qu'elle a rendue en l'espèce.

Il serait vraiment anormal que la progression vers la conclusion d'un contrat d'entreprise puisse être entravée par la simple omission d'inscrire à l'espace prévu à cette fin au contrat le nombre de semaines déjà mentionné par l'entrepreneur dans sa soumission. Il aurait été facile pour l'entrepreneur, en signant la formule prescrite après avoir établi le prix et les autres conditions du contrat en conformité exacte avec sa soumission, de remplir la formule selon les termes de cette soumission là où le contrat soumis était incomplet. On n'a pas demandé à l'entrepreneur de signer un contrat qui différait en quoi que ce soit de sa soumission, mais simplement de signer un contrat conforme aux instructions adressées aux soumissionnaires et à sa propre soumission. En signant le contrat présenté, l'entrepreneur avait la liberté d'inscrire «quatre-vingt-dix semaines» dans l'espace libre de la formule et même de faire les ajouts ou modifications nécessaires pour rendre le contrat conforme à sa soumission. En conséquence, je ne puis conclure que cette omission ait un effet quelconque sur les droits des parties à ce pourvoi et plus précisément qu'elle empêche la propriétaire de faire valoir son droit de conserver le dépôt de soumission.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel, de

[Page 128]

rétablir le jugement de première instance du juge J. Holland, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

Procureur des défenderesses, appelantes: H. Allan Leal, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Soloway, Wright, Houston, Ottawa.