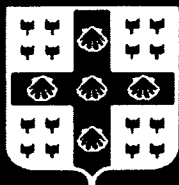

La
REVUE JURIDIQUE



des étudiants et étudiantes de l'Université Laval

(1996) 10 R.J.E.U.L.

1-178



FILIALE DE
COMMUNICATIONS QU

à prendre pour recalculer les coûts lorsque le maître d'œuvre apporte des modifications au marché.

À la lumière de ces deux décisions, nous pouvons tirer certaines conclusions au sujet de l'acceptation partielle. La possibilité d'un tel retranchement doit être prévue expressément dans l'avis d'appel d'offres ou dans les documents contractuels. Contrairement au droit que possède l'Administration de se retirer complètement du processus d'adjudication⁶¹, l'acceptation partielle est une exception qui doit être prévue dès le départ. Un retranchement important du contrat peut avoir des conséquences sur l'égalité des soumissionnaires en raison des différences de coûts rattachés à certaines parties du contrat. Si une acceptation partielle est envisageable, l'Administration devrait permettre aux soumissionnaires de présenter des offres distinctes se rapportant à chacune des parties d'un contrat. À défaut de procéder ainsi, on risque de rejeter l'offre d'un autre soumissionnaire sur la base du prix global qu'il présente, alors qu'en fait, sa soumission est la plus basse pour la partie des travaux non retranchés.

2.3 LA MODIFICATION EN COURS D'EXÉCUTION

La modification du contrat administratif constitue une entorse au système d'appel d'offres à plus d'un niveau. Comme nous l'avons vu précédemment, l'exigence de conformité entre les documents préliminaires, les soumissions et le contrat principal, vise à préserver l'intégrité du système et notamment l'égalité entre les soumissionnaires.

Il arrive également qu'une modification du contrat entraîne des dépenses supplémentaires en raison des extra. Les problèmes surviennent surtout lorsque les dépenses engagées excèdent le seuil légal ou réglementaire obligeant le recours à l'appel d'offres. En raison de l'envergure et de l'intérêt public reliés aux contrats octroyés par les organismes publics et l'État, il est nécessaire de permettre la modification en cours d'exécution dans certaines circonstances. Il faut également éviter de ralentir le processus administratif en exigeant le recours aux appels d'offres chaque fois qu'une modification s'impose⁶².

La législation et les tribunaux ont délimité le droit de modifier le contrat adjudgé par voie de soumissions publiques. Car bien que ce droit existe, il n'est pas possible de changer la nature même du contrat sur lequel les parties se sont entendues⁶³.

61. Même en l'absence de dispositions expresses, l'Administration conserve toujours son droit de rejeter toutes les soumissions; *Centre routier Inc. c. St-Luc-de-Matane (Paroisse de)*, J.E.92-513 (C.S.).

62. P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 2, par. (18-005).

63. *Id.*, par. (18-200).

Les règlements et les cahiers des charges utilisés par les organismes publics contiennent des clauses qui régissent les modifications. Par exemple, le cahier des charges de la Société québécoise d'assainissement des eaux prévoit que:

«La Société peut en tout temps, sur émission d'une directive de changement écrite à l'Entrepreneur, apporter des modifications, additions ou soustractions au contrat et en demander la réalisation par l'Entrepreneur (...)»⁶⁴.

Ces clauses indiquent selon quelles modalités le prix doit être calculé lorsque les modifications ont pour effet de changer le coût des travaux ou services⁶⁵.

Les ajouts ou les autres modifications qui n'entraînent aucune variation du coût et qui ne changent pas la nature du contrat ne causent aucun problème. Mais qu'en est-il des modifications qui occasionnent des dépenses telles qu'un nouvel appel d'offres serait normalement requis?

La Cour suprême, dans *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*⁶⁶, a confirmé le droit de modifier un contrat administratif sans devoir reprendre le processus d'appel d'offres. Partant de la règle de l'article 573 de la *Loi sur les cités et villes* (autrefois l'article 610) qui oblige le recours aux soumissions publiques, le juge Estey, dans sa décision, émet certaines réserves:

«Il ne résulte pas de cette disposition que toute modification du contrat original, même si elle entraîne une dépense de 10 000 \$ et plus, constitue nécessairement un nouveau contrat lui-même soumis aux formalités prescrites par l'article 610. Une telle interprétation rendrait impraticable l'exécution d'un grand nombre de travaux publics et je ne puis me convaincre que telle soit la volonté du législateur»⁶⁷.

Afin de déterminer si une modification est légale, le juge Beetz a élaboré une série de critères qui demeurent relativement flous.

«Il faut considérer les circonstances particulières de chaque affaire tels le caractère accessoire de la modification par rapport à l'ensemble du contrat, la présence ou l'absence de contre-partie [sic] et surtout l'intention des parties, car il ne leur est évidemment pas permis de contourner la loi en altérant par exemple la nature forfaitaire du contrat»⁶⁸.

Pour résumer, les trois aspects de la modification qu'il faut analyser sont:

- 1) la nature des travaux, biens ou services visés par le changement;

64. Art. 43.0, Société québécoise d'assainissement des eaux, *Cahier des clauses générales d'appel d'offres*, Québec, Les Publications du Québec, 1989.

65. *Id.*; art. 54 du *Règlement sur les contrats de construction des ministères et des organismes publics*, (1994) 126 G.O. 2.

66. *Adricon Ltée c. East Angus (Ville d')*, [1978] 1 R.C.S. 1107.

67. *Id.*, p. 1117 et 1118. Le seuil est maintenant de 50 000 \$; art. 573 de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19.

68. Arrêt *Adricon*, *supra*, note 66, p. 1118.

- 2) le pourcentage de variation des coûts;
- 3) l'intention des parties.

Le raisonnement développé dans *Adricon* est qu'il faut déterminer si une modification apportée au contrat original est tout simplement accessoire ou bien substantielle au point de constituer un nouveau contrat.

2.3.1 La modification accessoire

Dans l'affaire opposant *Adricon* à la Ville d'East Angus, le contrat signé contenait certains changements par rapport aux devis préliminaires. La modification litigieuse portait sur le transfert de responsabilité quant au chauffage de l'aréna en voie de construction. Alors que le coût du chauffage devait être assumé par l'entrepreneur, la clause modifiée du contrat obligeait maintenant la Ville à payer ces coûts⁶⁹.

La Cour suprême a jugé que la modification était un accessoire mineur d'un devis élaboré. Se basant sur les critères qu'il venait d'énoncer, le juge Beetz s'est arrêté sur trois points principaux. Premièrement, la modification était purement accessoire puisqu'elle n'avait aucune raison d'être sans le contrat principal. Deuxièmement, le coût du chauffage représentait seulement 7 % d'augmentation du prix forfaitaire. Finalement, rien dans les circonstances ne permettait d'inférer que les parties aient voulu agir en fraude de la loi⁷⁰.

Il est intéressant de noter que dans la version anglaise des motifs du jugement rendu dans *Adricon*, on retrouve le terme *minor* comme contrepartie de *accessoire* en français. Les tribunaux de *common law* utilisent les expressions *minor alteration* ou *minor amendment* qui ont une connotation plutôt quantitative pour décrire un changement. Une modification *mineure* représente quelque chose de peu d'importance, tandis que le terme *accessoire* a trait plutôt au caractère d'une modification qui suit le contrat principal de façon secondaire. Dans ce sens, *accessoire* est plus large et englobe les dimensions quantitatives et qualitatives d'une modification.

La nature forfaitaire du contrat administratif a fait dire à certains auteurs⁷¹ qu'une interprétation restrictive du caractère accessoire s'imposait. Il faut regarder la raison d'être et la nécessité de tels changements dans le cadre du contrat⁷².

69. *Id.*, p. 1112. Ce changement était dû au fait que la Ville avait retardé le début des travaux du printemps jusqu'à l'automne.

70. *Id.*, p. 1118 et 1120.

71. P. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 23, p. 571; également repris dans P. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 20, p. 147; A. LANGLOIS, *op. cit.*, note 2, p. 178.

72. P. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 23, p. 571.

À titre de comparaison, le droit administratif français n'admet en principe que les modifications de quantité ou de qualité des prestations déjà prévues au contrat. L'innovation ne doit pas dépasser une certaine importance⁷³.

La jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Adricon* est venue renforcer la possibilité d'apporter des modifications accessoires au contrat administratif.

La Cour d'appel du Québec⁷⁴, sous la plume du juge Malouf, a accueilli une réclamation de l'entrepreneur pour des coûts additionnels résultant d'une modification au contrat. Le juge s'est appuyé sur l'arrêt *Adricon* pour en venir à la conclusion suivante :

« (...) [c'est] seulement pendant que les travaux étaient en cours que la Ville a exigé des modifications accessoires entraînant une augmentation des coûts⁷⁵. »

Tout comme dans *Adricon*, la Cour a décidé que les parties en l'espèce n'avaient pas l'intention de contourner la loi. Les coûts additionnels reliés à une augmentation des salaires et au prix des matériaux étaient une extension normale du contrat principal. De plus, ces coûts correspondaient à moins de 10 % du montant total du contrat⁷⁶.

Une décision récente de la Cour supérieure a appliqué le principe de la modification accessoire. Dans l'affaire *Giasson c. Duchesne*⁷⁷, on a considéré que des travaux de correction préalablement au pavage d'une route qui entraînaient une augmentation du prix constituaient une modification accessoire. Même si ces travaux n'étaient pas prévus dans l'appel d'offres, la Cour a conclu que les corrections s'avéraient nécessaires et n'altéraient en rien la nature forfaitaire du contrat principal. Bien que le coût des travaux de correction augmentait le prix du contrat de plus de 25 %, la modification fut permise puisque les parties n'avaient pas agi de mauvaise foi.

Du côté des tribunaux de *common law*, le droit de modifier un contrat administratif est également reconnu. On interviendra seulement si les conditions sont substantiellement altérées.

Dans une décision accordant une injonction pour empêcher l'exécution d'un contrat municipal, un juge de la Cour supérieure d'Ontario s'est exprimé ainsi :

« (...) council was not making merely a minor alteration but rather a very substantial amendment. It might have been perfectly proper for a minor amendment to have been made unilaterally by council after the receipt of tenders but in my opinion it was not open to council at that point to make a substantial alteration retroactively to the invitation to tender⁷⁸. »

73. P. GARANT, *op. cit.*, note 33, p. 466.

74. *Nord Construction (1962) Ltée c. St-Rémi (Ville de)*, [1983] C.A. 220.

75. *Id.*, p. 222.

76. *Id.*

77. J.E. 95-248 (C.S.).

78. *Ben Bruinsma and Sons Ltd. c. Chatham (City of)*, (1982) 141 D.L.R. (3d) 677 (Ont. H.C.).

2.3.2 La modification substantielle

Une modification substantielle du contrat administratif a pour effet de changer les conditions initiales au point d'en faire un contrat totalement différent. Que ce soit pour réduire, augmenter ou transformer les prestations des parties, les conséquences sont les mêmes; il faut déterminer si la modification crée en fait un nouveau contrat⁷⁹.

Même avant l'arrêt *Adricon*, les tribunaux avaient établi qu'il était impossible de modifier directement le prix d'un contrat adjudgé par voie d'appel d'offres.

Ainsi on a jugé qu'une clause visant à octroyer une subvention à l'entrepreneur⁸⁰ ou à indexer le prix en cours d'exécution⁸¹ était illégale. Une telle clause a pour effet d'altérer la nature forfaitaire du contrat et de modifier une de ses modalités essentielles⁸². La durée du contrat et la date de début des travaux ou services sont aussi considérées comme des modalités essentielles⁸³.

Dans la décision précitée *Giasson c. Duchesne*⁸⁴, les travaux de *corrections* du pavage ont été décrits comme étant une modification accessoire entraînant une hausse du prix. Cependant, des travaux de pavage *supplémentaires* ont été contestés avec succès. Le maire de la municipalité ayant accordé le contrat a agi de façon illégale en permettant des travaux additionnels sans retourner en appel d'offres. Le pavage supplémentaire a coûté plus de 25 000 \$⁸⁵ et constituait un nouveau contrat qui ne pouvait être accordé sans demander de nouvelles soumissions publiques.

En présence d'une modification substantielle, l'Administration a l'obligation de reprendre les formalités exigées par la loi pour la formation du contrat⁸⁶. Le non-respect de ces conditions constitue un excès de juridiction avec les conséquences juridiques qui en découlent, c'est-à-dire la nullité de la modification⁸⁷.

79. P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 2, par. (5-725).

80. *Saint-Romuald d'Etchemin (Cité de) c. S.A.F. Construction*, [1974] C.A. 411.

81. *Iberville (Ville d') c. J.A. Leblanc*, [1978] C.A. 216.

82. *Adricon c. East Angus (Ville d')*, [1978] 1 R.C.S. 1107; voir aussi A. LANGLOIS, *op. cit.*, note 2, p. 175.

83. A. LANGLOIS, *op. cit.*, note 2, p. 178-179.

84. J.E. 95-248 (C.S.).

85. Art. 935(1) du *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1.

86. P. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 20, p. 147.

87. *W.M.I. Waste Management of Canada Inc. c. Lasalle (Ville de)*, C.S., [1993] R.J.Q., p. 195.

3. SYNTHÈSE ET COMMENTAIRES

3.1 LES LIMITES AUX DROITS DES AUTRES SOUSSIONNAIRES

Les droits des autres soumissionnaires naissent au moment du dépôt de leurs soumissions et cessent lorsque le contrat administratif est adjugé ou lorsque leurs offres ne sont plus valides⁸⁸. Pendant cette période, tous les soumissionnaires doivent être traités de façon égale par l'Administration. Ils sont en mesure de superviser le processus d'appel d'offres et de réagir si l'intégrité des soumissions publiques est violée. Il est bien établi que les soumissionnaires écartés ont un intérêt suffisant pour intervenir lorsque l'égalité entre les concurrents n'est pas respectée⁸⁹.

Après l'adjudication du contrat ou lorsque le délai de validité des autres soumissions est écoulé, l'Administration n'a plus de lien contractuel avec les soumissionnaires écartés. Ces derniers sont également libérés de leurs obligations découlant du contrat préliminaire.

Cette absence de lien explique pourquoi l'égalité des soumissionnaires n'est plus en jeu une fois que le contrat administratif est en voie d'exécution. Les autres soumissionnaires conservent toutefois leur intérêt à titre de contribuables ou de citoyens. Ils pourront intervenir, par exemple, si une modification est substantielle et a pour but ou pour effet de contourner la loi. La sanction sera alors d'annuler la modification et de forcer l'Administration à retourner en appel d'offres.

Même s'il est possible d'imaginer comment l'Administration peut contourner la loi en modifiant le contrat administratif, force est de constater que les tribunaux mettent rarement en doute la bonne foi des autorités publiques⁹⁰. D'ailleurs, il serait inquiétant qu'il en soit autrement!

Il est important de se rappeler que les règles des contrats administratifs visent à faciliter le fonctionnement du service public et à protéger l'Administration dans l'intérêt de la collectivité. Comme nous l'avons dit dès le départ, le système des appels d'offres est précisément destiné à obtenir un prix avantageux pour celui qui demande les soumissions. C'est pourquoi l'on met de côté l'égalité entre les soumissionnaires lorsque cela a pour effet de favoriser l'intérêt public.

3.2 CONSIDÉRATIONS POUR L'AVENIR

La tendance vers l'ouverture des marchés fait en sorte que de plus en plus d'intervenants participent aux appels d'offres de l'Administration publique.

88. *Supra*, note 19.

89. *Claude Bourdon Électrique Ltée c. Montréal (C.U.Q.)*, J.E. 90-204 (C.S.); *Société J.G. Lefebvre et Frères Ltée c. Drummondville (Ville de)*, J.E. 90-201 (C.S.); A. LANGLOIS, *loc. cit.*, note 57, p. 82 et 83.

90. Voir les commentaires de A. LANGLOIS, *loc. cit.*, note 57, p. 87.

Alors qu'autrefois, l'accès aux contrats publics était plutôt restreint au niveau local, des ententes telles *l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)* ou *l'Accord intergouvernemental sur les marchés du secteur public* ouvrent les portes à un nombre impressionnant de soumissionnaires potentiels. Le nombre des autres soumissionnaires augmente de façon proportionnelle, et l'importance du droit à l'égalité prend de l'ampleur.

Afin que l'intégrité des soumissions publiques soit respectée et que des soumissionnaires sérieux continuent de participer au processus, il devient important que le déroulement des contrats soit mieux contrôlé, particulièrement en ce qui a trait aux modifications apportées. La transparence ne doit pas seulement être appliquée lors des étapes menant à l'adjudication du contrat administratif. L'exécution elle-même du contrat doit être soumise à des règles visant à mieux protéger l'intérêt public et à sauvegarder l'intégrité des appels d'offres.

Il n'est pas facile de prévoir des moyens de contrôle lorsque les contrats publics sont en cours. De plus, on ne doit pas perdre de vue les règles établies par l'arrêt *Adriçon* et la jurisprudence subséquente qui cherchent justement à alléger la procédure des appels d'offres et à faciliter l'exécution des travaux publics. Il faut aussi éviter de proposer des moyens qui auraient pour effet de gonfler la fonction publique en cette période de coupures et de rationalisation.

Les nouvelles règles d'accès à l'information permettent un meilleur suivi, mais est-ce suffisant? Nous croyons que pour assurer une meilleure transparence des contrats administratifs, les règlements et les documents contractuels devraient prévoir que tout ordre de changements émis par l'Administration doit être automatiquement publié lorsque le coût initial du contrat varie de 20 % ou plus, par exemple. De cette façon, même en procédant de manière successive, la publication ne pourrait être évitée. Du moment que l'ensemble des modifications altérerait le montant initial au-delà de ce pourcentage (en plus ou en moins), il y aurait obligation de rendre publiques ces modifications et celles qui suivraient, s'il y a lieu.

Sans prétendre que cette méthode soit la meilleure solution aux problèmes engendrés par la modification des contrats administratifs, elle a néanmoins le mérite d'être simple, peu coûteuse et efficace.

Les autres soumissionnaires ainsi que tout intéressé seraient mieux informés sur le déroulement du contrat et pourraient intervenir si l'Administration et son cocontractant portaient atteinte au système des soumissions publiques par le biais d'une modification illégale.

CONCLUSION

Les autres soumissionnaires possèdent des droits qui leur sont conférés par les lois et règlements. Ils ont également le droit à l'égalité de traitement qui découle du contrat préliminaire qui prend naissance dès le dépôt de leurs soumissions.

L'intégrité des soumissions publiques doit être respectée lors de l'adjudication du contrat administratif. Les droits des autres soumissionnaires seront violés si l'Administration néglige de se conformer aux règles du processus d'appel d'offres. Par exemple, le principe d'égalité entre les soumissionnaires exige que les conditions du contrat préliminaire demeurent inchangées.

Une fois que le contrat administratif est conclu, des modifications y sont souvent apportées. Toutefois, la jurisprudence a établi des limites à ce pouvoir de modifier. Il faut s'assurer que les modifications soient faites dans le respect des lois et règlements relatifs aux appels d'offres. En cours d'exécution, on ne se préoccupe plus particulièrement des droits des soumissionnaires écartés. C'est l'intégrité de l'ensemble du processus d'appel d'offres qui prime.

Le système actuel remplit adéquatement son rôle dans l'atteinte des objectifs qu'il vise. Néanmoins, tous les participants aux soumissions publiques pourraient tirer profit d'une plus grande transparence lorsque le contrat administratif est en cours.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- DUPLESSIS, Y., et J. HÉTU, *Jurisprudence inédite du droit municipal*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1986.
- DUSSAULT, R., et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., tome 1., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1984.
- GARANT, P., *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 1, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1991.
- GIROUX, P., C. MOFFET et D. LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, tome 1, Farnham, Les Publications CCH/FM, 1987.
- LANGLOIS, A., *L'adjudication des contrats municipaux par voie de soumission*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994.

Articles de doctrine

- HENLEY, G., «Significant Developments in the Canadian Law of Tenders», [1991] *Can. Bus. L.J.* 382.